



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

한국 법원에서의  
국제물품매매협약의 흠결 보충  
- 중국법의 보충적용과 중국 법원의 해석론을  
중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 대학원  
법학과 국제거래법 전공  
이연

## 국 문 초 록

1980년 4월 채택된 유엔의 "국제물품매매계약에 관한 협약"<sup>1)</sup> (이하 "협약" 이라 한다)은 1988년 1월 1일 중국을 포함한 10개국이 가입함으로써 발효하였다. 2005년 3월 1일 한국에 대하여도 효력을 발생하면서 협약은 한중 양국의 무역분쟁에서 우선 적용하여야 할 실질법적 규범으로 되었다.

한국 법원은 협약이 적용되는 사안의 경우 매매계약의 준거법으로서 협약이 한국 민.상법에 우선하여 적용됨을 확인하고 있다. 하지만 협약의 규율범위에 속하지만 협약이 명시적으로 규정하고 있지 않는 사항, 즉 협약의 '내적 흠결'에 관해서는 우선 협약 제7조 제2항에 의하여 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결하고 그러한 해결이 불가능한 경우에만 법정지의 국제사법이 지정하는 준거법을 적용하여야 한다. 예컨대, 대금 및 기타 연체 금액에 대한 이자의 이자율, 대금 이외의 금전채무의 지급장소, 대금의 통화와 같은 것이다. 협약이 규율하지 않는 사항, 즉 협약의 '외적 흠결'에 관해서는 법정지의 국제사법이 지정하는 법을 준거법으로 하여 판단하여야 한다. 예컨대 매매계약의 실질적 유효성, 물품의 소유권, 소멸시효, 상계 등이 그것이다.

근래 한중간 무역분쟁의 규모가 급증함에 따라 협약의 흠결 보충 시 중국법이 준거법으로 적용되는 경우가 많아지고 있다. 이러

---

1) Convention on Contracts for the International Sale of Goods. CISG

한 경우, 한국 법원은 중국의 실질법에 의하여 문제된 쟁점을 판단하여야 하는데 그 과정에서 중국법에 대한 지식이 요구된다. 논문은 국제물품매매계약에 관한 기본이론과 한중 양국의 적용에 대한 기본적인 문제를 다룬 기초하에서(제2장) 이러한 쟁점에 대한 중국법의 규정과 중국 법원의 해석론을 중심으로 중국법에 의한 협약의 흠결 보충의 문제에 대하여 논의하고 관련 한국 판례를 비판적으로 검토한다.(제3장) 그리고 이러한 논의가 한국 법원에서 한중 양국의 동산매매계약분쟁사안에서의 모든 중국법적 쟁점을 망라적으로 다룰 수는 없음에 대비하여 중국법상 민사재판의 法源에 대하여 기본적인 소개를 한다.(제4장)

**주요어:** 한중무역분쟁, 국제물품매매협약, 내적 흠결, 외적 흠결, 흠결 보충, 준거법, 이자율, 통화, 실질적 유효성, 소유권이전, 소멸시효, 상계, 인적 손해, 法源.

**학번:** 2017-28442

# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구의 배경과 목적 .....	1
제 2 절 연구의 범위 및 논문 순서 .....	4
제 2 장 국제물품매매협약의 기본이론 및 적용 .....	6
제 1 절 협약의 성립경위 .....	6
1. 1930년대 UNIDROIT의 활동 .....	6
2. 1964년 헤이그협약 .....	7
3. UNICITRAL과 협약의 성립 .....	7
제 2 절 한중 양국의 가입 .....	9
1. 중국의 가입 .....	9
2. 한국의 가입 .....	11
제 3 절 협약의 적용 .....	12
1. 협약의 적용범위 .....	12
2. 중국 법원의 적용 .....	13
3. 한국 법원의 적용 .....	17
제 3 장 협약의 흠결 보충 .....	18

<b>제 1 절 협약의 흠결과 흠결 보충</b>	<b>18</b>
1. 내적 흠결	18
2. 외적 흠결	20
3. 흠결의 보충	22
<b>제 2 절 협약의 내적 흠결에 대한 중국법의 보충 적용</b>	<b>24</b>
1. 대금 및 기타 연체 금액에 대한 지연손해금의 이자율	24
(1) 판결선고일까지의 지연손해금의 이자율	27
(2) 판결선고일 후의 지연손해금의 이자율	33
2. 대금 이외의 금전채무의 지급장소	36
3. 대금의 통화	39
(1) 채권자의 대용금부청구권	39
(2) 채무자의 대용금부권	41
(3) 손해배상의 통화	44
<b>제 3 절 협약의 외적 흠결에 대한 중국법의 보충 적용</b>	<b>46</b>
1. 매매계약의 실질적 유효성	46
(1) 당사자의 능력	47
(2) 대리권	53
(3) 착오, 사기, 강박 또는 중대한 불균형에 의한 의사표시의 하자	58
(4) 공서양속의 위반	62
(5) 강행법규의 위반	67
(6) 계약 일부 조항의 유효성	70
2. 물품의 소유권이전	71

(1) 보통동산의 소유권이전 .....	73
(2) 특수동산의 소유권이전 .....	75
3. 소멸시효 .....	76
(1) 소송시효의 기산점과 기한 .....	78
(2) 소송시효의 정지와 중단 .....	80
(3) 소송시효 완성의 효과 .....	82
4. 상계 .....	84
(1) 抵銷의 적용요건과 효과 .....	86
(2) 抵銷의 소급효 .....	89
(3) 상이한 통화의 채권 사이의 抵銷 .....	91
5. 물품으로 인한 인적 손해 .....	93
(1) 제조물책임에 대한 법률규정 .....	95
(2) 징벌적 배상 .....	97
(3) 정신적 손해배상 .....	98
(4) 손해배상액의 산정 .....	99

## 제 4 장 중국법상 민사재판의 法源 .....101

### 제 1 절 민법총칙에서 정하고 있는 法源 .....101

1. 법률 .....	102
(1) 협의의 법률 .....	102
(2) 행정법규와 지방성법규 .....	104
(3) 부문규장과 지방정부규장 .....	105

2. 習慣 .....	106
제 2 절 민법의 기타 法源 .....	109
1. 최고인민법원의 사법해석 .....	109
2. 판례 .....	112
3. 법리 .....	114
제 3 절 法源 저촉시의 처리 .....	116
1. 적극적 저촉 .....	116
2. 소극적 저촉 .....	117
제 5 장 결론 .....	118
참 고 문 헌 .....	121
참 조 법 규(중국) .....	131
참 조 판 례 .....	135
Abatract .....	138



## 표 목 차

논문에서 언급한 흠결 보충의 쟁점 .....	23
규범성문건의 제정주체 및 명칭 .....	106

## 그 립 목 차

최신 중국인민은행 금융기구 인민폐대출기준이율 .....	32
중국 법원에서의 지연손해금 계산 .....	35
한국 법원에서의 중국법에 의한 지연손해금 계산 .....	35
최고인민법원이 반포한 규범성문건의 명칭 .....	112

# 제 1 장 서론

## 제 1 절 연구의 배경과 목적

대한민국과 중화인민공화국이 1992년 수교한 이래 양국의 교역 규모가 점증하였고 중국은 이미 한국의 첫 번째 교역상대국이자 투자대상국이 되었으며, 한국은 중국의 세 번째 교역상대국이 되었다.<sup>2)</sup> 한중 양국의 교류가 많아짐에 따라 한국의 법원에서 한중 양국의 동산매매계약에 관한 분쟁을 재판하는 사례가 늘고 있으며 더 늘어갈 전망을 보이고 있다.

한중 양국의 동산매매계약에 관한 분쟁해결에 있어서 우선적으로 적용하여야 할 실질법<sup>3)</sup>적 규범은 1980년 4월 채택된 유엔의 "국제물품매매계약에 관한 협약"(이하 "협약"이라 한다)이다. 협약은 1988년 발효된<sup>4)</sup> 이래 미국·중국·독일·일본·러시아 등 주요 교역대국을 포함한 89개국<sup>5)</sup>이 가입하여 명실상부한 국제무역의 기본법으로서 자리잡았다.

---

2) 2019년 3월까지, 한국은 중국 수출액의 4.7%(4위), 수입액의 8.7%(1위)를 차지하였으며 무역액은 6.5%로 3위를 차지하였다. 한국무역협회: <http://stat.kita.net/stat/world/major/ChinaStats08.screen> 최종방문일: 2019년 6월 20일.

3) 실질법이라 함은 법 적용규범(또는 간접규범)인 저촉법(또는 국제사법)에 대비되는 개념으로, 민.상법과 같이 저촉법(또는 국제사법)에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다. (석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 4면.)

4) CISG가 발효하기 위해서는 10개국 이상이 가입을 하여야 하는데, 이 요건이 충족되지 못하고 있다가 드디어 1986년 12월 11일에 미국과 중국, 이태리가 동시에 가입함으로써 발효요건이 충족되어 1988년 1월 1일에 발효하였다. (오원석, "한국 CISG 가입 10주년 회고와 전망", 중재연구 25(4), 2015.12, 77-95면.)

5) 구체적 사항은 uncitral 웹사이트 참조: [http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html) 최종방문일: 2019년 6월 20일.

중국은 1981년 9월 30일 협약에 서명하였고 1986년 12월 11일 승인서를 유엔 사무총장에게 기탁하면서 협약에 정식으로 가입하였다. 한국은 2004년 2월 17일 가입서를 유엔 사무총장에게 기탁하면서 63번째 국가로 협약에 가입하였고 협약은 2005년 3월 1일부터 한국에 대하여도 효력을 발생하였다.

한국 법원은 협약이 적용되는 사안의 경우 협약이 매매계약의 준거법으로서 한국 민, 상법에 우선하여 적용됨을 확인하고 있다. 하지만 예컨대 대금의 통화, 대금 기타 연체 금액에 대한 이자의 이자율 등과 같은 협약에 의하여 규율되긴 하지만 협약 제7조 제2항이 정하고 있는 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 의하여 해결되지 않는 사항 및 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성, 매매된 물품의 소유권 등과 같은 협약이 규율하지 않는 사항에 대하여는 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 준거법을 적용하여야 한다.

협약의 흠결 보충에 관한 연구는 국내적으로 많이 이루어졌으나<sup>6)</sup> 외적 흠결과 내적 흠결을 같이 다룬 연구는 아주 적을 뿐만 아니라 외국법이 준거법으로 지정되었을 경우 당해 국가의 법률 규정과 법률의 해석론에 대한 체계적인 논의는 이루어지지 않고 있다. 하지만 이러한 논의는 이론상에서는 물론 실무적으로도 아주 중요한바 특히 근래 한중간 무역 분쟁의 규모가 급증함에 따라 한국 법원에서 협약의 외적 흠결과 내적 흠결의 보충 시 중국법을 준거법으로 적용하는 경우가 많아지고 있는데 이러한 경우, 한국 법원은 중국법을 해석, 적용하여야 한다. 한국 국제사

---

6) 석광현, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교 법학, 제50권 제3호, 2009.  
석광현, "한국법원에서 제기된 중국법의 쟁점: 계약법, 불법행위법, 혼인법과 외국판결의 승인, 집행을 중심으로.", 서울대학교 법학 제51권 제3호, 2010.  
이재현, "CISG의 흠결보충", 외법논집, 제35권 제4호, 2011.  
김민중, "유엔매매법의 해석과 흠결보충", 동북아법연구 제4권 제1호, 2010.

법 제5조에서는 법원이 이 법에 의하여 지정된 외국법의 내용을 직권으로 조사하여 적용하여야 한다고 정하고 있으며 당사자들의 입증을 요구하지 않고 있다. 이는 한국의 법원에서 외국법은 사실이 아닌 법률로서의 성질을 가지고 있음을 의미한다. 따라서, 지정된 외국법은 한국 법원의 입장에서가 아니라 당해 외국 법원이 해석하는 것과 마찬가지로 해석되어야 하며<sup>7)</sup> 이 점에 대하여는 대법원의 판결<sup>8)</sup>에서도 실시한 바 있다. 때문에 협약이 규율하고 있지만 협약 제7조 제2항에서 정하고 있는 일반원칙에 의하여 해결 불가하거나 협약이 규율하지 않는 쟁점들에 관한 중국의 실질법적 지식이 요구된다.

이에 비추어, 본 논문의 목적은 한국 법원이 한중 양국의 동산매매계약에 관한 분쟁사례에 대하여 재판할 경우, 법정지인 한국의 국제사법에 의하여 중국법이 준거법으로 지정되었다면 협약이 적용되지 않는 쟁점에 관하여 한국 법원이 어떻게 판시하는 것이 합리적인지에 대하여 제시하고 이와 관련된 한국 법원의 판례를 비판적으로 검토하며, 논문에서 언급되지 않은 협약의 흠결 보충에 관한 준거법을 중국법으로 하는 쟁점에서 한국 법원이 중국법상의 어떠한 法源을 적용하여야 하고 이러한 法源의 적극적 저촉과 소극적 저촉을 어떻게 해결하여야 중국법의 규정과 중국 법원의 해석론에 부합되는 결론을 도출할 수 있는지에 대하여 지침을 제시하는 것이다.

---

7) 석광현, 『국제사법과 국제소송 제5권』, 박영사, 2012, 739면.

8) [대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결] 섭외적 사건에 관하여 적용될 준거법인 외국법의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 우선 그 외국법이 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미 또는 내용에 좇아야 한다.

## 제 2 절 연구의 범위 및 논문 순서

본 논문은 위에서 언급한 배경과 목적하에서 협약의 외적 흠결과 내적 흠결의 보충과정에서 적용될 수 있는 중국법상의 쟁점에 관한 중국법의 규정과 중국 법원의 해석론에 대한 논의를 중심으로 하고 기존에 나온 관련 한국 판례를 비판적으로 검토한다.

"국제물품매매협약의 기본이론 및 적용"에 관한 제2장에서는 협약의 성립경위, 배경 및 한중 양국의 협약 가입배경과 국내에서의 적용에 관하여 간단히 제시함으로써 논문의 중심되는 문제를 논의하기 위한 이론적 지식과 한중 양국법원의 실무상 협약 적용상황을 알아보기 위함에 목적을 둔다.

"협약의 흠결 보충"에 관한 제3장에서는 본 논문의 중심되는 내용인 협약의 내적 흠결과 외적 흠결의 보충에 관한 제쟁점의 중국법의 규정과 법원의 해석론에 관하여 논의하고 관련 한국 판례를 비판적으로 검토함으로써 한국 법원이 중국법을 준거법으로 적용하여 위 쟁점에 관하여 판시함에 있어서의 합리적인 해결방안을 제시하는데 목적을 둔다.

"중국법 적용시 민사재판의 法源"에 관한 제4장에서는 중국법상의 法源의 종류와 구체적 명칭을 제시하고 법률규범이 충돌할 경우의 우선순위의 결정문제와 법률규범이 누락되었을 경우 고려하여야 하는 기타 요소에 대하여 논의함으로써 한국 법원이 중국법에 근거하여 판시함에 있어서의 중국법 적용의 방식에 대한 지침을 제시하여 제3장에서 언급되지 않은 쟁점이 제기되었을 경우에도 합리적인 방식으로 결론을 도출할 수 있도록 하는데 목적을 둔다.

"결론"에서는 위의 문장에서 언급한 내용을 중심으로 논문의 중심되는 내용을 개괄하고 본 논문의 의미와 가치에 대하여 명시한다.

## 제 2 장 국제물품매매협약의 기본이론 및 적용

### 제 1 절 협약의 성립경위

#### 1. 1930년대 UNIDROIT의 활동

협약 탄생의 전말은 사법통일을 위한 국제협회<sup>9)</sup>가 유럽 법학자들에게 국제물품매매에 적용할 통일법을 초안하도록 요청한 1930년대의 작업으로부터 시작한다.<sup>10)</sup> 동 시기의 국제물품매매에 관한 법규의 통일을 위한 노력은 독일의 Ernst Rabel에 의하여 주창되었는데 UNIDROIT는 그가 1929년에 제출한 매매에 관한 각국의 실체법의 통일이 바람직하고 가능하다는 점을 지적한 보고서를 토대로 1930년 4월 29일 국제매매에 관한 통일법을 제정하기 위한 전문위원회를 구성하기로 결정하고 독일, 프랑스, 스칸디나비아, 영국 등 유럽제국의 전문가들로 이를 구성하였고 전문위원회는 1935년 국제통일매매법 초안을 완성하고, 이를 회원국들에게 송부하여 의견을 구한 후, 그 의견을 참작하여 1939년 제2초안을 완성하였다. 하지만 이 작업은 제2차 세계대전이 발발함으로써 일시 중단되었다가<sup>11)</sup> 전쟁이 끝난 후에 재개되었다.

---

9) International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT.

10) John O. Honnold, edited and updated by Harry M. Flechtner, 『Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention, Wolters Kluwer』, 2009, p4.

11) 최준선, 『국제거래법』 제10판, 삼영사, 2015, 133면.

## 2. 1964년 헤이그협약

1951년 네덜란드정부가 소집한 외교회의에서 위의 1939년 초안을 기초로 통일매매법을 작성하기로 결정하였으며 1956년 국제물품매매에 관한 통일법 초안과 1958년 국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법 초안이 작성되었고, 그 후 수정을 거쳐 1963년 초안이 완성되었으며 1964년 헤이그에서 개최된 외교회의에서 "국제물품매매에 관한 통일법"(Uniform Law on the International Sale of Goods: ULIS)에 관한 협약과 "국제물품매매계약의 성립에 관한 통일법"(Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods: ULF)에 관한 협약이 채택되었다.<sup>12)</sup> 하지만 ULIS와 ULF의 영향이 제한적이었기 때문에 각 국가의 법원들은 국제물품매매계약사안을 재판함에 있어서 자국의 국제사법규칙에 근거하여 준거법을 결정하여야 했었는데 상이한 국가의 국제사법규칙에 따라 지정된 실질법이 다를 수도 있었다.<sup>13)</sup>

## 3. UNICITRAL과 협약의 성립

1965년 제20회 유엔총회에서는 국제상거래법에 관한 사법의 발달 및 법전화를 위한 연구에 대한 제안이 채택되었고 사무총장은 1966년 제21회 유엔총회에서 제출한 보고서에서 이제까지의 국제거래분야의 통일

---

12) 석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010, 10면.

13) Lookofsky, Joseph M. 『Understanding the CISG : a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods』, 3rd (worldwide) ed. Wolters Kluwer, 2008, p5.



을 위한 노력은 일부 선진국들을 중심으로 수행되어 개발도상국들을 포함한 세계각국의 폭넓은 지지를 받을 수 없었음을 지적하고, 유엔이 "국제거래법의 점진적인 조화와 통일"을 추진하기 위한 새로운 세계적인 위원회의 설립을 검토할 것을 요청하였고 이러한 요청이 받아들여지면서 "유엔국제거래법위원회"(UNCITRAL)가 설치되었다.<sup>14)</sup>

1968년 제1회 UNCITRAL회의에서는 헤이그협약 대신에 새로운 국제통일매매법을 제정하기로 결의하였다.<sup>15)</sup> UNCITRAL은 1976년 ULIS를 기초로 매매계약에 관한 초안을 작성하였고, 1978년에는 ULF를 기초로 매매계약의 성립에 관한 초안을 작성하였으며 전체회의에서 이 두 협약초안의 검토, 심의를 완료함과 아울러 이들을 결합하여 단일한 협약초안으로 통합하였다. 1978년 협약초안-"국제물품매매계약에 관한 협약(초안)"은 UNCITRAL에서 만장일치의 승인을 받았고 이에 유엔총회는 동 초안을 심의, 의결하기 위한 외교회의의 소집을 결의했다.<sup>16)</sup> 1980년 3월 10일 비엔나에서 개최된 외교회의에서 토의를 거쳐 많은 규정이 수정, 보완된 후 1980년 4월 11일 6개 공용어<sup>17)</sup>로 된 협약이 성립되었으며 이것이 현재의 "1980년 국제물품매매계약에 관한 유엔협약"이다.

---

14) 임흥근, 이태희(공편), 『국제물품매매계약에 관한 UN 협약상의 제문제』, 삼지원, 1991, 35면.

15) 최준선, 위의 책, 135면.

16) John O. Honnold, 위의 책, 10면.

17) 아랍어, 중국어, 영어, 불어, 러시아어, 스페인어.

## 제 2 절 한중 양국의 가입

### 1. 중국의 가입

중국은 1978년 유엔의 의석을 회복한 후로부터 유엔의 각종 회의에 참석하기 시작하였으며 중국대표단은 협약초안의 작성과정에 참여하였다. 1986년 12월 11일 중국은 유엔 사무총장에게 승인서를 기탁하여 정식으로 협약에 가입함으로써 협약의 체약국으로 되었다. 중국의 대외경제무역부<sup>18)</sup>에서는 "'유엔 국제물품매매계약에 관한 협약'을 집행함에 있어서 주의해야 할 몇 개의 문제"를 발표하였고 최고인민법원이 통지의 방식<sup>19)</sup>으로 각급 법원에 전달하여 섭외경제심판과정에서 협약을 정확하게 적용하도록 하였다. 문서에서는 헝가리<sup>20)</sup>를 제외한 기타 협약의 규제를 받는 국가의 회사와 체결한 국제물품매매계약에서 별도로 법률을 선택한 경우를 제외하고는 분쟁발생시 협약이 자동적으로 적용되며 협약이 정하고 있지 않는 내용에 대하여는 일국의 국내법을 선택적용하여야 한다고 정하고 있다. 협약은 제99조<sup>21)</sup>에 따라 1988년 1월 1일부터 중

---

18) 중화인민공화국 대외경제무역부는 대외무역사무를 관리하는 부서로써 1982년 수출입 관리위원회, 대외무역부, 대외경제연락부 및 외국투자관리위원회 등이 병합되어 설립되었으며 1993년 제8기 전국인민대표대회 제1차회의의 결정에 의하여 대외무역경제합작부로 개명되었고 2003년 상무부에 의하여 합병되었다.

19) 대외경제무역부 "유엔 국제물품매매계약에 관한 협약'을 집행함에 있어서 주의해야 할 몇 개의 문제"의 전달에 관한 최고인민법원의 통지, 법(경) 발[1987] 34호.

最高人民法院转发对外经济贸易部 <关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题>的通知, 法(经)发〔1987〕34号.

20) 중국과 헝가리 사이의 물품매매에 관하여는 1962년 체결한 "물품교부공동조건의정서"(交货共同条件议定书)를 적용한다.

21) CISG 제99조 (1)이 협약은 제6항의 규정에 따를 것을 조건으로, 제92조의 선언을 포함하고 있는 문서를 포함하여 10번째의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서가 기탁된 날부터 12월이 경과된 다음달의 1일에 효력이 발생한다.

국을 포함한 11개 국에 대하여 효력이 발생하였으며 중국은 협약의 원시체약국이 되었다.

1986년 승인서를 기탁하면서, 중국은 협약이 허락하는 범위내에서 협약 제95조<sup>22)</sup>와 제96조<sup>23)</sup>에 의하여 제1조 제1항 나호<sup>24)</sup> 국제사법규칙의 적용 지정과 제11조 계약의 방식에 대하여 유보를 선언하였다. 첫 번째 유보는 중국은 당사자 영업소가 모두 체약국에 있는 경우에만 당사자 사이의 물품매매계약에 협약이 적용됨을 인정한다는 것을 의미하는데 그 목적은 각각의 본국회사와 비체약국 역내에 영업소가 있는 회사간의 물품매매계약에 국제사법규칙과 협약의 적용을 제한하기 위해서이다.

두 번째 유보는 계약의 방식에 대한 문제이다. 협약가입시, 중국정부는 협약 제96조의 규정에 대해 유보를 선언하였다.<sup>25)</sup> 하지만 2013년 1월 16일, 중국은 "계약체결절차법" 및 협약의 규정에 의하여 협약 제11조의 내용에 대한 유보를 철회하는 내용이 담긴 법률문건을 유엔 사무총장에게 기탁하였으며 유보에 대한 철회는 협약 제97조의 규정에 따라 2013년 8월 1일에 발효되었다. 또한, 1999년부터 실행된 중국 현행 계약법 제10조에도 "당사자들은 계약체결시 서면방식, 구두방식 및 기타 방식<sup>26)</sup>을 취할 수 있다. 법률, 행정법규에서 서면의 형식을 취할 것을 요구하였다면 서면의 형식을 취하여야 한다." 는 규정이 있다. 때문에 당

---

22) CISG 제95조 어떤 국가든지 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서를 기탁할 때, 이 협약 제1조 제1항 (나)호에 구속되지 아니한다는 취지의 선언을 행할 수 있다.

23) 제96조 그 국가의 법률상 매매계약의 체결 또는 입증에 서면을 요구하는 체약국은 제12조에 따라 매매계약, 합의에 의한 매매계약의 변경이나 종료, 청약, 승낙 기타의 의사표시를 서면 이외의 방법으로 하는 것을 허용하는 이 협약 제11조, 제29조 또는 제2편의 어떠한 규정도 당사자 일방이 그 국가에 영업소를 가지고 있는 경우에는 적용하지 아니한다는 취지의 선언을 언제든지 행할 수 있다.

24) CISG 제1조 제1항 나호 (1) 이 협약은 다음의 경우에, 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자 간의 물품매매계약에 적용된다.

(나) 국제사법 규칙에 의하여 체약국법이 적용되는 경우.

25) 张潇剑, "한중무역간 CISG의 적용", 국제사법연구 제13호, 2007, 113면.

26) 중국 계약법 원문에서는 形式이라는 표현을 쓰고 있다.

사자가 중국에 영업소를 가지고 있는 경우에도 협약 제11조와 제29조는 여전히 적용되므로 현재 한중거래에서의 계약의 방식은 별도의 제한이 없다.

## 2. 한국의 가입

법무부는 2002년 2월 22일 국제수준의 법률인프라 구축을 위하여 변호사와 판, 검사 및 외교관 등 17명의 위원으로 국제거래법연구단을 구성하고 다양한 국제규범에 대한 연구 및 가입 여부에 관한 검토 작업을 진행하였으며 그 일환으로 협약 가입을 추진하였다.

그 결과 한국 정부는 2004년 2월 17일 협약가입서를 유엔 사무총장에게 기탁할 수 있었고 한국은 63번째 국가로 협약에 가입하였으며 협약은 2005년 3월 1일부터 한국에 대하여 효력을 발생하였다.<sup>27)</sup> 한국 정부는 협약에 가입하면서 아무런 유보도 하지 않았으며 이로써 한국도 국제무역의 발전을 촉진하기 위하여 채택된 법적 하부구조인 국제물품매매계약에 관한 통일규범에 동참하게 되었다.<sup>28)</sup>

---

27) 석광현, 위의 책, 12면.

28) 석광현, "UN국제물품매매협약(CISG)에의 가입을 환영하며", 법률신문 3245호, 2004년 2월 23일.

## 제 3 절 협약의 적용

### 1. 협약의 적용범위

협약 제1장에서는 협약의 장소적 적용범위, 인적 적용범위와 물적 적용범위를 규정하며 협약이 규율하지 않는 사항을 열거한다.<sup>29)</sup>

협약의 장소적 적용범위는 기본 적용조건인 국제성 및 거래와 계약국간의 관련성을 만족시켜야 한다. 협약에서의 국제성은 매도인과 매수인이 서로 다른 국가에 영업소를 가지고 있음을 의미하고 거래와 계약국간에 관련성을 가지기 위하여는 협약 제1조 제1항 가호와 나호의 규정 중 하나를 만족시켜야 한다. 즉 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약 중 해당 국가가 모두 계약국인 경우, 또는 국제사법 규칙에 의하여 계약국 법이 적용되는 경우이다. 단 당사자들은 협약 제95조의 규정에 의하여 협약 제1조 제1항 나호의 규정을 유보할 수 있으며<sup>30)</sup> 현재 중국외에도 미국, 싱가포르, 슬로바키아, 세인트빈센트그레나딘, 아르메니아등 나라들은 동 조항에 대한 유보를 선언하였다.<sup>31)</sup>

협약은 인적 적용범위에 대하여 직접적으로 규정하지는 않지만 제2조에서 개인용, 가정용 또는 가정용으로 구입된 물품의 매매에 대하여는

29) 석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 2010, 박영사, 27면.

30) 1980년 외교회의에서 일부 대표들은 본 제12조 (1)항 나호의 삭제제를 제안했다. 국제사법이 계약의 성립과 계약의 이행에 각각 다른 국가의 법을 지정할 수도 있다고 우려했기 때문이다. 하지만 이러한 제안은 거절되었고 이에 대한 타협으로 협약 제95조에서 동 호는 유보가능함을 규정하였다. ( John O. Honnold, 위의 책, 39면.)

31) United Nations Commission on International Trade Law: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html) 최종방문일: 2019년 6월 20일.

협약의 적용을 배제한다고 정하고 있으므로 소비자는 배제된다.

협약의 물적 적용범위에 대하여 보면 우선은 매매의 목적물이 물품이어야 하고 경매, 강제집행 등에 의한 매매와 개인용, 가족용 또는 가정용으로 구입된 물품의 매매나 주식, 지분, 투자증권, 유통증권 또는 통화나 선박, 소선, 부선, 항공기, 전기의 매매에 대하여는 적용되지 않으며<sup>32)</sup> 제물공급계약과 노무 또는 서비스의 제공에 관한 계약에도 적용되지 않는다.<sup>33)</sup> 본 논문은 이 부분에 대한 협약의 적용조건을 만족시킴을 전제로 논의한다.

그 밖에, 협약 제4조에서는 "이 협약은 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리, 의무만을 규율한다. 이 협약에 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고, 이 협약은 특히 다음과 관련이 없다. (가) 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성. (나) 매매된 물품의 소유권에 관하여 계약이 미치는 효력"이라고 정하고 있고 협약 제5조에서는 "이 협약은 물품으로 인하여 발생한 사람의 사망 또는 상해에 대한 매도인의 책임에는 적용되지 아니한다."고 정하고 있다. 협약이 이렇게 규율하지 않음을 명시적으로 정한 사항 외에도 예컨대 소멸시효, 계약체결상의 과실책임, 상계, 채무의 면제, 채권양도, 손해배상의 통화 등은 협약이 규율하지 않는 사항으로서 각 관련 쟁점의 준거법에 의하여 규율된다.<sup>34)</sup>

## 2. 중국 법원의 적용

---

32) 협약 제2조에서 정하고 있다.

33) 협약 제3조에서 정하고 있다.

34) 석광현, 위의 책, 58면.

중국은 협약 제1조 제1항 나호에 대하여 유보를 선언하였으므로 매매 계약 당사자의 영업소가 상이한 국가에 위치해 있고 그 국가들이 모두 협약의 체약국인 경우에만 협약을 직접 적용할 수 있다. 때문에 중국 법원이 이러한 분쟁에 대하여 판결할 경우 당사자들 사이에 별도의 합의가 없다면 협약은 자동적으로 적용된다. 따라서 중국 계약법과 협약이 내용상 충돌될 경우에도 앞서 말한 조건에 부합된다면 협약을 적용하여야 한다.<sup>36)</sup>

35) 2009년 1월 1일부터 2019년 1월 1일까지 중국 법원에서 심리한 국제물품매매계약이 언급된 판결은 1186건인데 그 중 2015년 1월 1일부터 2019년 6월 21일까지의 사례만 788건으로 전체의 44.9%를 차지하고 있다.

[illegible]

민법통칙 제142조 중화인민공화국이 유보를 선언한 경우를 제외하고 중화인민공화국이 체결 또는 참가한 국제조약과 중화인민공화국의 민사법률이 상이한 규정을 두고 있을 때, 국제조약을 적용한다.

- 14 -

약을 직접 적용하였다. 하지만 여전히 법정지 즉 중국의 국제사법에서 정하고 있는 가장 밀접한 관련이 있는 연결원칙에 의하여 중국법을 적용한 판결이 존재하는데 이는 동 원칙에 부합되지 않는 것으로서 시정되어야 한다. 예컨대, 일조중항양유유한회사와 태평양임업유한회사 국제물품매매계약분쟁사안<sup>37)</sup>에서 산둥성 일조시 중급인민법원은 가장 밀접한 관련의 원칙에 의하여 중화인민공화국 실체법을 동 사안의 준거법으로 정하였다. 동 사안에서의 태평양임업유한회사는 영업소가 뉴질랜드에 위치해 있는 회사이고 일조중항양유유한회사는 영업소가 중국에 위치해 있는 회사인데 뉴질랜드와 중국은 모두 유엔국제물품매매협약의 체약국이므로 일차적으로 협약을 적용해야 하고 협약에 의하여 해결불가능한 쟁점에 대하여는 그것이 협약에 의하여 규율되는 사항인지의 여부에 따라 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따를 수 있는지를 검토한 후 법정지의 국제사법 규정을 따르거나 직접 법정지의 국제사법의 규정을 따르거나 하여야 한다.

중국 법원이 이와 유사한 판단을 내린 사례를 하나 더 들 수 있는데 이 사례는 향후 상급법원에 의하여 시정되었다<sup>38)</sup>. 원심법원의 가장 밀접한 관련이 있는 원칙에 따라 중국법을 적용하여야 한다는 주장에 대하여 2심법원에서는 "동 사안은 국제물매매계약분쟁이며 계약당사자의 주소지가 각각 미국과 중화인민공화국 경내에 있고 양국이 모두 '유엔 국제물품매매협약'의 체약국이므로 '유엔 국제물품매매협약'을 적용하여야 한다. 원심법원의 법률적용이 틀렸으므로 본 법원이 시정한다." 고 판시하였다.

---

37) 日照中港粮油有限公司与太平洋林业有限公司国际货物买卖合同纠纷一审民事判决书  
山东省日照市中级人民法院 (2013) 日民三初字第7号

38) 诺勒斯卡特里亚皮尔有限公司、富国皮革工业股份有限公司国际货物买卖合同纠纷一案  
天津市高级人民法院 (2012) 津高民四终字第128号.



앞서 말한 자동적용의 조건이 만족되지 않는다고 하더라도 당사자 사이에 협약을 적용하기로 합의하였을 경우, 당사자자치의 원칙에 의하여 협약이 적용된다. 하지만 당사자들이 협약을 적용하기로 한 별도의 합의가 없었다고 하더라도 그 이유로 협약의 적용을 배제하여서는 안된다. 예컨대, "녕과 BONICIFASHION 訴 THEMONEYCONSULTANTSINC 매매계약분쟁사안<sup>39)</sup>"의 제1심법원인 절강성 녕파시 중급인민법원<sup>40)</sup>과 2심법원인 절강성 고급인민법원<sup>41)</sup>이 가장 밀접한 관련이 있는 원칙을 언급하면서 중국법을 직접 적용한 것은 합리적이지 않다.

이와 대조되게, "경군영과 이집트 ELBORSH회사의 국제물품무역분쟁사안에서 중국법을 적용하여야 한다고 한 하북성 고급인민법원의 판시<sup>42)</sup>에 대하여 최고인민법원은 재심<sup>43)</sup><sup>44)</sup>절차에서 "동 사안에서의 거래는 견적송장의 방식으로 이루어졌는데 당사자 쌍방이 송장내에서 또는 기타 방식으로 준거법을 선택하지 않았고 중국과 이집트는 모두 '유엔 국제물품매매협약'의 계약국이므로 동 사안에서는 협약을 적용하여 당사자들의 권리의무를 확정하여야 한다. 때문에 2심법원의 준거법에 대한 확정은 정확하지 않다."고 시정한 바 있다.

종합하여 보면, 중국 법원은 협약가입 초기 적용을 회피하던 단계로부

39) 중국에서는 판결에서 다루어지는 사안의 이름을 "....訴....사안"이라고 부르는 경우가 많은데 xx가 xx를 상대로 소송을 제기한다는 의미에서 訴앞에 원고의 명칭을, 뒤에 피고의 명칭을 쓴다.

40) 浙江省宁波市中级人民法院民事判决书, (2009) 浙甬商外初字第209号.

41) THEMONEYCONSULTANTSINC 与宁波布利杰进出口有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书  
浙江省高级人民法院 (2010) 浙商外终字第77号.

42) 河北省高级人民法院 (2010) 冀民三终字第59号.

43) 最高人民法院 (2012) 民申字第1402号.

44) 중국에서는 민사재심절차를 민사심판감독절차라고도 하는데 인민법원이 발효된 판결, 재정, 조정서에 명확한 착오가 있다고 생각되었을 경우, 사안에 대하여 재심리하는 절차를 말한다. 심판감독절차는 발효된 재판의 착오를 시정하는 절차일 뿐, 사안심리에서 꼭 거쳐야 하는 절차는 아니며 독립적인 심급을 가지고 있지도 않다.

터 학습을 통하여 신중하게 적용하는 단계를 거쳐 현재는 주동적으로 연구하고 적용하고 있다.<sup>45)</sup> 비록 앞서 말한 바와 같이 협약 대신 중국법을 적용하여야 한다는 판시가 나온 바 있으나 그래도 상급법원에서 협약을 직접 적용하는 쪽으로 시정하는 판결이 여러 개 나왔으며 근자에는 협약을 적용하여 판시한 사안도 부단히 증가하고 있는 것으로 보아 중국 법원에서도 협약의 중요성을 인식하고 이를 적용하고자 노력하고 있다고 평가할 수 있다.

### 3. 한국 법원의 적용

협약이 한국에서 발효된 지 13년이 지나면서 많은 판결들이 쌓여가고 있는데, 2018년의 논문에서 언급된 바로는, 당시 한국 법원에서는 67사건에 131개의 협약과 관련된 판례가 선고되었다고 한다.<sup>46)</sup>

앞서 언급했듯이 한국은 아무런 유보도 하지 않고 협약에 가입하였으므로 협약 제1조에 따른 직접적용과 간접적용이 모두 가능하다. 대한민국 법원에서 협약을 적용하여 판결한 사안의 대부분은 쌍방 당사자의 영업소 소재지가 모두 체약국인 경우여서 협약 제1조 제1항 a호에 따라서 협약이 직접 적용되는 사안들이다. 그러나 당사자 중 일방이 협약의 비체약국임에도 불구하고 협약 제1조 제1항 b호에 따른 국제사법에 의하여 체약국법이 적용되는 경우에 협약을 적용한 사안도 있다.<sup>47)</sup>

45) 陈晶莹, 邓旭 等, "CISG与中国", 国际贸易法论丛, 2006年00期, 第91页.

曹玲, "《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的适用规则研究", 湖北函授大学学报 (2016) 第29卷 第09期, 第98页.

46) 송양호, "한국법원에서의 CISG", 국제거래법연구 제27권 제2호, 2018, 40면.

47) 서울중앙지방법원 2011.3.25. 선고 2010가합67291, 서울고등법원 2012.09.27. 선고 2011나31258(본소), 2011나31661(반소)=CLOUT case No. 1645, 대법원 2013.2.14. 2012다94704 상고기각. (남아프리카공화국과 대한민국)

## 제 3 장 협약의 흠결 보충

협약은 통일된 매매법으로 상이한 국가의 매매법이 적용됨으로 하여 가져올 수 있는 장애를 제거하는 것을 목적으로 한다. 그러나 협약에 의하여 해답이나 해결방안이 제시될 수 없는 계약상의 쟁점은 협약이 기초한 원칙 또는 국제사법에 의하여 지정된 준거법에 의하여 해결하여야 하는데<sup>48)</sup> 이것이 제3장에서 논의하고자 하는 협약의 흠결 보충의 문제이다. 제3장에서는 그 범위를 법정지인 한국의 국제사법에 의하여 중국법이 지정된 경우로 한정하며 한국 독자들에게 이와 관련된 중국의 법규정과 중국 법원의 해석론을 제시하는 것을 중심되는 목적으로 한다.

### 제 1 절 협약의 흠결과 흠결 보충

#### 1. 내적 흠결

협약의 규율범위에 속하는 사항이지만 협약이 명시적으로 규정하지 않는 경우를 '협약의 내적 흠결'이라고 부른다. 중국에서는 이를 협약의 법정외결루(法定外缺漏)라고 부른다.<sup>49)</sup> 내적 흠결과 관련하여 협약 제7조

---

서울중앙지방법원 2015.08.28. 선고 2014가합504224 (방글라데시와 대한민국)  
(송양호, 위의 논문, 44면-45면 참조.)

48) Ulrich Magnus, "Interpretation and gap-filling in the CISG and in the CESL, Journal of international trade law and policy", 2012, Vol.11(3). (research paper)

49) 刘瑛, 『'联合国国际货物销售合同公约' 解释问题研究』, 法律出版社, 2009, 第86页.  
孙挥, "《联合国国际货物销售合同公约》第78条利率问题的探究", 江西财经大学学报, 20

제2항은 "이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반 원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다." 고 정하고 있다. 이러한 규정은 아주 높은 이론적, 실무적 가치를 가지는 바 흠결 보충에서의 기본 원칙으로 활용되고 있으며 협약에 의하여 기술과 경제의 발전에 따라 새롭게 제기된 초안작성자들이 해결하지 못했던 문제도 해결할 수 있게끔 한 것이다.<sup>50)</sup> 동 조항의 규정에 따르면 협약의 내적 흠결은 우선 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결하여야 하고, 그것이 없는 경우 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 준거법에 따라 해결하여야 한다.

이때 문제는 협약이 기초하고 있는 일반원칙이 무엇이며 또 어떻게 발견해 내느냐 하는 것이다. 특히 제7조 제1항<sup>51)</sup>의 원칙을 기준으로 하여 협약의 규정에서 유추하는 방법을 인정하고 있다. 흔히 제시되는 일반원칙에는 당사자 의사의 우선(제6조), 신의칙(제7조), 관행의 존중(제9조), 의사표시나 형태의 객관적 해석(제8조), 방식의 자유(제11조), 계약유지의 우선(제47조, 제49조, 제51조, 제63조, 제64조), 신뢰보호(제16조 제2항, 제29조 제2항), 증명책임의 부담<sup>52)</sup>(제79조 제1항)등이 있지만<sup>53)</sup>무엇이 일반원칙인가에 관하여는 논란이 있다.<sup>54)</sup> 이러한 일반

---

12年 第2期, 第125頁.

50) Ingeborg Schwenzer, 『Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)』, Oxford University Press, 2010, p122.

51) 제7조 (1) 이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다.

52) 원문에서는 입증원칙이라고 쓴다.

53) 법무부, 『국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설』, 2005, 28면.

54) Honnold는 상대방의 표시에 대한 신뢰(reliance on representations), 상대방에 대한 필요한 정보의 통지(communications), 손해경감의 의무(mitigation)등을 기본 원칙에 열거하고 있으며(Honnold, 위의 책, 99-101면.), Lookofsky, Joseph M은 신의 준수, 합리성(reasonableness), 금반언의 원칙 등을 열거하고 있다(Lookofsky, Joseph M, 위의 책, 38면.).

원칙을 찾지 못한 경우에는 마지막 수단이 법정지의 국제사법이 지정하는 준거법이 된다.

본 논문의 내적 흠결의 보충부분에서는 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 의한 해결이 불가능한 계약상의 쟁점에 대하여 법정지인 한국의 국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 중국법은 어떤 규정을 두고 있으며 중국 법원의 해석론은 어떠한지에 중점을 두어 대금 및 기타 연체 금액의 이자율, 대금 이외의 금전채무의 지급장소, 대금의 통화 등에 대하여 논의한다.

## 2. 외적 흠결<sup>55)</sup>

협약이 규율하지 않는 사항, 즉 협약의 적용범위 내지는 규율대상으로 부터 제외되는 사항이 있을 경우 이를 '협약의 외적 흠결' 이라고 부른다.<sup>56)</sup> 이러한 사항은 처음부터 비통일적인 국내법에 의하여 해결되어야 하는데<sup>57)</sup> 여기에서의 국내법이란 법정지의 국제사법에 의하여 지정된 매매계약의 준거법을 말한다.

중국에서는 협약의 외적 흠결을 법정결루(法定缺漏)라고 부르며 이는

---

55) 법학방법론에서 말하는 법률의 흠결은 "법률의 계획에 반하는 불완정성" 이다. (김영환, 『법철학의 기본문제』, 2012, 홍문사, 289면.) 때문에 법학방법론상, 해당하는 규율이 존재하지 않는 것 자체가 입법자 또는 법률의 계획에 따른 것이라면, 이는 결코 '흠결'이 아니다.(갈 앵기쉬, 안법영, 윤재왕 옮김, 『법학방법론』, 세창출판사, 2011, 235면.) 때문에 여기에서 말하는 '외적 흠결'은 엄밀하게 말하면 법학방법론에서 말하는 법률의 흠결이 아니다. 본 논문에서의 "외적 흠결"은 법학방법론에서의 "법률의 흠결"의 의미로 쓰는 것은 아니고 매매계약과 관련이 있긴 하지만 협약이 규율하지 않는 부분이라는 의미에서 내적 흠결과 대비하여 편의상 그렇게 부르는 것이다.

56) 석광현, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교 법학 제50권 제3호, 2009, 246면.

57) 김민중, 위의 논문, 317면.

앞서 말한 바와 같이 협약의 적용범위에 속하지 않는 사실을 포함하는 외, 협약의 부분적인 조항에서 국내법에 의하여 해결하여야 한다고 명확히 규정하고 있는 사실도 포함한다고 설시하면서 협약 제4조<sup>58)</sup>에서 정하고 있는 계약의 유효성 문제, 물품의 소유권 문제, 협약 제5조<sup>59)</sup>에서 정하고 있는 물품으로 인한 인적 손해의 문제, 협약 제28조<sup>60)</sup>에서 정하고 있는 특정 이행판결을 명하는 경우의 문제, 협약 제54조<sup>61)</sup>에서의 매수인이 대금지급시 취하여야 하는 조치 등을 들고 있다.<sup>62)</sup>

협약의 외적 흠결과 관련하여 본 논문은 매매계약의 실질적 유효성, 물품 소유권의 이전, 소멸시효, 상계, 물품으로 인하여 발생한 인적 손해 등에 대하여 다룬다. 매매계약의 실질적 유효성, 소유권이전, 물품으로 인하여 발생한 인적 손해가 협약의 외적 흠결에 속한다는 결론은 협약 제4조<sup>63)</sup>와 제5조<sup>64)</sup>의 규정을 통하여 도출할 수 있으나 소멸시효와 상계가 외적 흠결에 속하는지의 여부는 논의가 있다. 소멸시효와 관련하여, 그것이 실체법상의 문제인지 아니면 절차법상의 문제인지에 대한 논의가 있는데 본 논문에서는 이를 실체법상의 문제로 보았다. 상계에 관

58) 협약 제4조 이 협약은 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율한다. 이 협약에 별도의 명시규정이 있는 경우를 제외하고, 이 협약은 특히 다음과 관련이 없다.

(가) 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성

(나) 매매된 물품의 소유권에 관하여 계약이 미치는 효력

59) 협약 제5조 이 협약은 물품으로 인하여 발생한 사람의 사망 또는 상해에 대한 매도인의 책임에는 적용되지 아니한다.

60) 협약 제28조 당사자 일방이 이 협약에 따라 상대방의 의무이행을 요구할 수 있는 경우에도, 법원은 이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약에 관하여 자국법에 따라 특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 경우가 아닌 한, 특정이행을 명하는 판결을 할 의무가 없다.

61) 협약 제54조 매수인의 대금지급의무에는 그 지급을 위하여 계약 또는 법령에서 정한 조치를 취하고 절차를 따르는 것이 포함된다.

62) 刘瑛, 『<联合国国际货物销售合同公约> 解释问题研究』, 法律出版社 2009年版, 第80页。

于晓娜, "CISG下利率的确定", 山东大学硕士学位论文, 第8页。

63) 註57 참조.

64) 註58 참조.

하여, 독일의 유력설은 협약의 고유한 메커니즘<sup>65)</sup>에 의하여 해결할 수 있다고 보지만 이에 대하여는 논의가 있고 또한 이에 따를 경우 상계의 효과를 어느 법에 따라 판단하여야 하는지에 대하여는 분명하지 않기 때문에 본 논문에서는 상계를 협약의 외적 흠결로 다룬다. 이에 관하여는 제2절의 "소멸시효"와 "상계"부분에서 논의한다.

### 3. 흠결의 보충

협약이 적용되는 매매계약이더라도 협약에 의하여 모든 쟁점이 규율되는 것은 아니므로 당사자 간의 법률관계를 정확하게 파악하기 위해서는 국제사법의 도움이 필수적이고 법정지의 국제사법에 의하여 지정된 특정 국가의 실질법에 대한 지식이 필요하다. 본 논문에서 논의하고자 하는 것은 한국 법원에서 현실적으로 제기되는 한중분쟁의 쟁점해결에 관한 문제인데 중국법이 보충적 준거법으로 적용되는 경우를 중심으로 다루고 있다. 협약이 규율하는 사항과 국내법이 규율하는 사항에 대한 기존의 정리<sup>66)</sup>에 기초하여 동 논문에서 언급하고자 하는 흠결 보충의 쟁점은 아래의 표와 같다.

---

65) 즉 양 당사자간에 대립하는 변제기가 도래한 협약에 내재하는 채권을 가지는 경우 일방이 상계의 의사표시를 하는 때에는 대등액의 범위내에서 채권은 소멸하는데 이는 바로 협약의 기초를 이루는 일반원칙으로서 준거법에 우선한다는 것이다.(석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 2010, 박영사, 434면.)

66) 석광현, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교법학 제50권 제3호 2009. 9, 277면.

외적 흠결	계약의 실질적 유효성	당사자의 능력, 대리, 의사표시의 하자, 공서양속의 위반, 강행법규의 위반
	물품 소유권의 이전	
	소멸시효	
	상계	
	물품으로 인한 인적 손해	
내적 흠결	대금 및 기타 연체 금액에 대한 지연손해금의 이자율	
	대금 이외의 금전채무의 지급장소	
	통화	채권자의 대용급부청구권
		채무자의 대용급부권
		손해배상의 통화



## 제 2 절 협약의 내적 흠결에 대한 중국법의 보충 적용

### 1. 대금 및 기타 연체 금액에 대한 지연손해금의 이자율

협약 제78조<sup>67)</sup>에서는 당사자가 대금 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 아니하는 경우 지연이자를 지급할 의무가 있다고 규정하고 있으나 이자율에 관하여 규정하지 않는다. 이자율이 협약의 내적 흠결에 속하는지 아니면 외적 흠결에 속하는지에 대하여는 논란이 있다.

이자율의 문제가 협약의 내적 흠결에 속한다고 주장하는 견해는 협약 제7조 제2항이 말하는 "매매협약의 기초를 이루는 일반원칙"을 적용하자고 주장하는데 그에는 이자를 불법행위법적으로 성질결정하여 채권자 국가의 이자율을 적용하는 견해와, 이를 부당이득법적으로 성질결정하여 채무자 국가의 이자율을 적용하자는 견해<sup>68)</sup>, 지급화폐소속국법에 의한 이자율을 적용하자는 견해<sup>69)</sup>가 있다. 하지만 더 많은 판결에서 법원은 협약을 거치지 않고 직접 법정지의 국제사법을 적용하여 이자율에 관한 문제를 판시했다고 한다. 즉 이자율의 문제를 협약의 외적 흠결로 보았다는 것이다.

중국 법원이 이에 대한 입장도 혼란스럽다. 상해시 제1중급인민법원은 협약이 적용된 중국회사와 미국회사의 국제물품매매계약분쟁사안에서<sup>70)</sup>

---

67) 협약 제78조 당사자가 대금 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 아니하는 경우에, 상대방은 제74조에 따른 손해배상청구권을 해함이 없이, 그 금액에 대한 이자를 청구할 수 있다.

68) 석광현, 『국제사법과 국제소송 제5권』, 박영사, 2012, 747면.

69) 孙挥, 同上, 第124页.

70) 上海市第一中级人民法院 (2014)沪一中民四(商)终字第S786号.

상해시 제1중급인민법원은 LIBOR 금리에 따른 이자의 지급을 명하였다. 이는 이자율에 대하여 직접 국제사법을 적용한 것이 아니라 우선적으로 협약의 합리성원칙을 적용하여 판시한 것으로 보이는데 결국 이자율의 문제를 내적 흠결로 판단한 것이다. 한편, 대련시 중급인민법원은 협약이 적용되는 중국기업과 한국기업사이의 국제물품매매계약분쟁사안<sup>71)</sup>에서 이자율은 협약이 규율하지 않는 내용이라는 이유로 국제사법의 규칙에 따라 당사자들이 선택한 준거법인 중국법의 이자율의 규정을 적용하였다.<sup>72)</sup> 이는 이자율의 문제를 협약의 외적 흠결로 보았음을 의미한다.

하지만 중국 학설은 이를 협약의 외적 흠결로 취급하는 경우가 많은데 그 이유로 아래와 같은 두가지를 들고 있다. 첫째, 협약의 입법배경으로부터 볼 때, 입법자들은 이자율을 통일하려는 시도가 있었으나 각 국의 상이한 현황 때문에 이자에 관한 명확한 규정만 남겨둔 것이므로 이자율은 처음부터 협약의 범위에 속한 것이다. 둘째, 협약의 목적으로부터 볼 때, 이를 내적 흠결로 확정하는 것은 협약의 통일적인 적용에 유리하다. 사건으로는, 이자율을 협약의 내적 흠결로 보는 것이 합리적이라고 생각한다. 앞서 언급한 중국 학자들의 이유에 공감하고, 실무상 협약의 원칙을 따르는 것이 어렵고 불가한 상황이더라도 일차적으로 국내법을 적용하는 것은 정확하지 않다고 생각하기 때문이다.

하지만 한국 법원은 협약이 적용되는 중국기업과 한국기업간의 국제물품매매계약을 다룬 판결<sup>73)</sup>에서 협약의 원칙을 거론하지 않은 채, 이자율에 대하여 중화인민공화국법에 의하여 판단한다고 실시하였다. 이는

---

71) 大连市中级人民法院 (2007) 大民四初字第20号.

72) 于晓娜, 同上, 第22页.

73) 서울중앙지방법원 2016가합570522판결, 서울중앙지방법원 2018가합521623 판결, 인천지방법원 2017가합52640 판결, 대구고등법원 2018나20072판결.

이러한 판결에서 한국 법원은 이자율을 협약의 외적 흠결로 보았음을 의미한다. 하지만 이러한 법원의 논증방식이 합리적인지에 대하여는 회의감이 드는데, 우선 협약의 기본원칙을 통한 해결을 시도하여야 하고 적용가능한 원칙이 없거나 사안의 구체적인 사정 때문에 결론적으로 적용불가하여 협약의 원칙을 적용하지 않은 결과와 동일한 결과가 도출된다고 하더라도 적어도 '협약의 기본원칙에 의한 해결이 불가하므로'와 같은 표현을 판결문에 추가하는 것이 바람직하다.

아래에서는 본 절의 중심으로 돌아와 협약의 외적 흠결로서의 이자율 문제가 협약 제7조의 원칙에 의하여 중국법이 적용된다고 보거나 협약의 원칙에 의한 해결이 불가하여 한국의 국제사법에 의하여 중국법이 준거법으로 지정되는 경우의 중국 국내법적인 논의를 한다.

중국에서는 일반적으로 법원의 판결문에서 일정한 이행기한을 지정한다. 따라서 소수의 판결에서만 판결선고일에 계약을 이행할 것이 요구된다.<sup>74)</sup> 하지만 본 논문에서 논의하는 것은 한국 법원이 판결하는 경우이기 때문에 중국법상의 "발효된 법률문서에서 지정한 이행마감일"<sup>75)</sup>은 사실상 한국법상의 판결선고일이 된다. 때문에 중국법에서의 "판결, 재정 및 기타 법률문서가 지정한 마감일", 한국 법원이 재판할 경우에는 "판결선고일"을 기준으로 전과 후 두 개의 부분으로 구분하여 볼 필요가 있다.

---

74) "최고인민법원집행절차에서 지연이행기간의 채무이자계산의 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석" ("最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释") 제2조에서는 "배로 계산하는 부분의 이자는 발효한 법률문서에서 정한 이행기간의 만기일부터 계산한다. 발효한 법률문서에서 이행기간에 대하여 정하지 않았을 경우, 법률문서가 발효된 날로 부터 계산하여야 한다."고 정하고 있으므로 판결에서 구체적인 채무이행기간을 정하지 않았다면 배로 계산하여야 하는 부분의 이자는 판결선고일부터 계산되어야 할 것이므로 이 경우, 판결선고일을 기준으로 한다.

75) 법원이 정한 이행기의 마지막 날이라는 뜻이다.

## (1) 판결선고일까지의 지연손해금의 이자율

중국법에 의한 판결선고일까지의 지연손해금에 대하여 한국 법원에서는 통일적인 판시를 보이고 있는데 중국인민은행의 금융기관 최고 대출이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하고 있다<sup>76)</sup>. '금융기관 최고 대출이율'은 민사소송법 제294조에서 나온 말인데 동 조항은 판결선고후 배로 계산되어야 하는 이자의 계산에 관한 규정으로서 판결선고일까지의 지연손해금의 계산에 직접적으로 원용하는 것은 합리적이지 않다.

한국 법원의 일부 판결<sup>77)</sup>은 중국 계약법 제207조의 규정을 원용하고 있다. 중국 계약법 제207조는 "계약법" 제12장 대출계약에서의 유기이자에 대한 규정이며 "차용인이 약정한 기한내에 대출액을 반환하지 않을 경우, 당사자 사이의 약정 또는 국가의 규정에 의하여 유기이자<sup>78)</sup>를 지급하여야 한다." 고 정하고 있다. 비록 동 조항에서 말하고 있는 '유기이자'가 협약이 정하고 있는 내용에 더 접근한 것으로 보이긴 하지만 대금이나 기타 연체 금액의 지연손해금을 계산함에 있어서 동 조항을 우선적으로 적용하는 것은 논리적으로 정확하지 않다. 하지만 매매대금이나 기타 연체 금액의 지연손해금은 이자의 이율로 계산될 수는 있다. 그러나 이것은 어디까지나 손해금계산에서 참조하여야 할 수치이지 우선적으로 적용가능한 법리는 아니다. 동 조항을 적용하였다면 대금 및 기타 연체 금액의 채권을 대출계약에서의 채권과 동일시할 수 있다는 말인데 대출계약에서의 유기이자와 매매계약에서의 연체 금액은 엄연히 다른 개념이고 계산방법과 법률적용면에서도 현저히 다르므로 이를 혼용할 경우, 결

76) 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857 판결; 대구고등법원 2018나20072; 인천지방법원2017가합52640(서울고등 2019나2002375 계속 중).

77) 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857 판결, 대구고등법원 2018나20072 판결.

78) 약정기한 도과후의 이자율로 계산된 이자를 말한다.

과상의 혼란<sup>79)</sup>을 초래할 수 있다.

비록 협약 제78조에서는 이자(interest)라고 표현하고 있지만 중국 계약법에서 말하고 있는 대출계약의 유기이자와는 상이한 개념이다. 협약에서 말하는 대금 및 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 않는 경우에 계약 상대방이 청구할 수 있는 이자는 지연손해금으로서 중국법상으로는 위약금으로 지칭된다.<sup>80)</sup> 이는 "민법통칙" 제112조 제2항과 "계약법" 제114조 제1항<sup>81)</sup>이 정하고 있는 위약금의 규정에서 비롯된 것이다. "최고 인민법원 '최고 인민법원의 유기지급위약금표준에 관한 문제에 관한 회답(批复)'을 수정할 데 관한 회답"<sup>82)</sup>에서는 "계약당사자가 유기지급위약금(지연손해금)기준에 대하여 합의하지 않았을 경우, 인민법원은 지연손해금을 계산함에 있어서 중국인민은행이 규정한 금융기구 유기대출이자의 계산기준을 참조할 수 있다. 중국인민은행이 금융기구 유기대출이

79) 중국법상 민간대출계약의 유기이자자는 관련된 사법해석과 기타 법리에 의하여 정해지는 것이다. 민간대출계약일 경우, "최고인민법원 민간차관사안에서의 법률적용문제에 관한 규정"(最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定) 제29조, "최고인민법원 민간차관계약에 관한 사법해석"(民间借贷司法解释) 제25조에 근거하여 결론을 도출해 낼 수 있는 바, 계약이 정한 이행마감일로부터 판결, 재정 및 기타 법률문서가 지정한 이행마감일까지, 민간차관계약이 차용기간내의 이율에 대하여 정하고 있지 않을 경우, 차용인은 기간내의 이자를 지급하지 않을 권한은 있으나 연 6%의 이율로 유기이자를 계산하여 지급하여야 하고; 차관계약이 차용기간내의 이율만 정하고 있을 경우, 대용인은 연 24%를 초과하지 않는 한도 내에서 계약이 정하고 있는 이율에 따른 유기이자의 계산을 요구할 수 있다.

80) "중국 최고인민법원의 '매매계약에 관한 분쟁사건 심판 시 적용하는 법률문제의 해석'" 제24조에서 말하는 '지연손해금'을 중국어로 보면 기한 도과후 납부하는 것에 대한 위약금(逾期付款违约金)이다.

81) 중국 "민법통칙" 112조 제2항과 중국 "계약법" 제114조 제1항은 위약금에 관한 규정으로서 모두 "당사자들은 일방이 계약을 위반하였을 경우, 다른 일방에게 위약금을 지급하여야 한다고 합의할 수 있고 계약위반으로 인한 손해배상액의 계산방법에 대하여도 합의할 수 있다."고 정하고 있다.

82) 2000년 "최고 인민법원 '최고 인민법원의 유기지급위약금표준에 관한 문제에 관한 회답'을 수정하는 것에 관한 회답"(最高人民法院关于修改《最高人民法院逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》的批复 法释[2000]34号)은 1999년 "최고 인민법원의 유기지급위약금표준에 관한 문제에 관한 회답"(最高人民法院逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复 法释[1999]8号)에 대한 수정인데 기존 회답의 기초에서 "유기지급위약금 표준은 일당 10000분의 4로 계산할 수 있다."는 명확한 기준을 삭제하였다.

자의 표준을 조절할 때, 인민법원도 지연손해금의 계산표준을 조절할 수 있다." 고 정하고 있다.

한국 법원은 2012년 7월 1일부터 시행된 중국 최고인민법원의 "매매 계약에 관한 분쟁사건 심판 시 적용하는 법률문제의 해석"<sup>83)</sup> 제24조 제4항의 '매도인이 매수인의 계약위반을 이유로 지연손해금의 배상을 청구하는 경우 매매계약에 위약금액 또는 동 위약금액의 계산방법에 관한 약정이 없으면 법원은 중국인민은행의 같은 기간, 같은 종류의 인민폐 대출기준이율에 의거하고 연체이자 이율기준을 참조하여 이를 계산할 수 있다.' 는 규정을 원용하여 앞서 말한 결론<sup>84)</sup>을 도출하였다.<sup>85)</sup> 그러나 동 조항은 법원의 판결에 지연이행금계산에 있어서의 참조기준을 제시한 것일 뿐 명확한 수치를 정하고 있는 것은 아니다. 때문에 한국 법원이 중국 인민은행의 금융기관 최고대출이율에 의한 계산을 명한 것은 의문이 든다. 결론적으로 말하자면 동 조항을 적용하는 것은 정확하나 도출된 결론이 합리적이지 않다는 것이다.

동 조항을 정확하게 적용하려면 조항의 규정 그대로 같은 기간, 같은 종류의 인민폐 대출이율<sup>86)</sup>에 기초하되 그 밖에 연체이자 이율기준을 참조하여 지연손해금을 계산하여야 한다. '연체이자 이율기준'과 관련하여 2003년 중국인민은행이 반포한 "중국인민은행 인민폐 대출이율문제에 관한 통지"<sup>87)</sup>에서는 "대출계약이 정하고 있는 대출이율의 수준에서 30%~50%인상한다." 고 정하고 있으므로 이에 따르면 될 것이다. 동 통

83) 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释 (法释[2012]8号).

84) 중국인민은행의 금융기관 최고 대출이율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 것을 말한다.

85) 서울중앙지방법원 2016가합570522판결, 인천지방법원 2017가합52640판결, 서울중앙지방법원 2018가합521623 판결, 대구고등법원 2018 나20072 판결.

86) 변화가 있을 수 있으나 중국인민은행이 발표한 수치에 따르면 된다.

87) 中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知 (银发[2003]251号).

지가 반포되기 전, 1999년 6월 9일 인민은행이 공포한 "예금, 대출이율을 낮출데 관한 통지"에서는 일당 10000분의 2.1로 유기대출이자를 계산한다는 명확한 규정을 두었으므로 이에 따라 계산하는 것은 어려운 일이 아니었다. 하지만 지금은 이와 달리, 상대적인 참조기준만 제시하고 있으므로 대출계약이외의 기타 금전지급과 관련된 계약에서 어떻게 동 규정을 적용할 것인가가 문제될 수 있는데 지급금액의 통화가 인민폐라면 인민은행이 공포한 금융기구의 대출이율(人民银行公布的金融机构基准贷款利率)의 기초에서, 인민폐가 아닌 기타 통화일 경우 Libor금리의 기초에서 30%~50%를 인상하는 것이 중요한 참고수치로 될 수 있다.<sup>88)</sup>

중국 법원의 실무도 그러하다. 상소인 중경(장수)화공원구중법수무유한회사와 피상소인 천진기전수출입유한회사 사이의 계약분쟁사안의 판결에서<sup>89)</sup> 중경시 고급인민법원은 1심법원의 "비록 양자사이에 체결한 '1기설비재료구입계약'에서 매수인인 중환수무유한회사의 위약책임에 대하여 규정한 바 없지만 '매매계약에 관한 분쟁사건 심판 시 적용하는 법률 문제의 해석' 제24조에서 규정한 위약금의 계산방법에 의하면 중법수무회사는 중국인민은행의 같은 기간, 같은 종류의 인민폐 대출기준이율을 기준으로 30% 인상하여 유기위약금을 지급하여야 한다."는 판시를 유지하였으며 원고 하남에너지화공집단신강투자회사와 피고 산강집단신강유한회사 계약분쟁사안<sup>90)</sup>, 상소인 산서항원창경무유한회사와 피상소인

88) 张先伟, "关于当事人逾期付款法律责任承担具体执行标准的分析", 法制博览, 2012年 9月, 第174页.

89) 上诉人重庆(长寿)化工园区中法水务有限公司(以下简称中法水务公司)与被上诉人天津机电进出口有限公司(以下简称天津机电公司)合同纠纷一案, 渝高法民终字第00325号(2014).

90) 原告河南能源化工集团新疆投资有限公司销售分公司(以下简称能源化工公司)与被告山钢集团莱芜钢铁新疆有限公司(以下简称莱芜新疆公司)、莱芜钢铁集团有限公司(以下简称莱芜集团公司)买卖合同合同纠纷一案, 新疆维吾尔自治区高级人民法院, 新民初101号(2016).

중국국전집단회사태원제1열전장 등의 계약분쟁사안<sup>91)</sup>에서 신강위글자치 구고급인민법원과 산서성고급인민법원은 중국인민은행의 같은 기간, 같은 종류의 인민폐 대출기준이율로 유기이자를 지급할 것을 명하였다. 다만 이상의 2개 판결에서는 모두 유기이자 계산의 기산일을 소송제기일로 정하고 있는데 이에 대하여는 회의감이 든다.

한국 법원에서의 판결과 결부하여 결론을 정리하자면 아래와 같다.

1. 지연손해금은 이자로 지칭되어 계산되지만 중국 계약법에서 정하고 있는 대출계약의 유기이자와는 다른 개념이다. 따라서 계약법 제207조를 적용하는 것<sup>92)</sup>은 합리적이지 않다. 대구고등법원은 대구지방법원 판결의 항소심에서 동 조항의 적용에 관한 부분을 고쳐씀으로써 중국 계약법 제207조를 적용하지 않았는데 이는 정확하다.

2. 중국 최고인민법원의 '매매계약에 관한 분쟁사건 심판시 적용하는 법률문제의 해석' 제24조를 적용하여 지연손해금을 계산함에 있어서 주의하여야 할 것은 '같은 기간, 같은 종류의 인민폐 대출기준이율'과 '연체 이자의 이율기준'을 정확하게 적용하는 것이다. 전자는 중국인민은행의 웹사이트에서 최신 수치<sup>93)</sup>를 참고하되 '같은 기간'이라는 점을 명심하여야 할 것이며, 후자는 '중국인민은행 인민폐 대출이율문제에 관한 통지'에서의 30%~50% 인상기준을 참조하면 된다. 하지만 중국 최고인민법원의 '매매계약에 관한 분쟁사건 심판 시 적용하는 법률문제의 해석'에서는 '할 수 있다.'('해야 한다'가 아니라)라는 표현을 사용하였으므로 조항이 정하고 있는 계산기준을 참조하는 것을 원칙으로 하되, 합리적인

91) 山西省高级人民法院, 晋民终213号 (2017), 晋民终215号 (2017) 晋民终216号 (2017).

92) 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857 판결과 대구지방법원 2017가합50021 판결.

93) 中国人民银行 货币政策司 <http://www.pbc.gov.cn/zhengcehuobisi/125207/125213/125440/125838/125888/2968985/index.html>



이유가 있다면 참조하지 않아도 무방하다.

그러나 명확한 이유에 대한 설시가 없이 '중국인민은행의 금융기관대출의 최고이율'을 적용하고 있는 한국 법원의 판결<sup>94)</sup>은 합리적이지 않다. 이러한 근거를 설명하는 것이 중요한 이유는 기준이 다름에 따라 당사자들이 부담하여야 하는 금액은 상당한 차이가 생길 수 있는데 예컨대, 대구고등법원의 판결<sup>95)</sup>에서는 2016년 4월 16일부터 2017년 12월 19일까지의 지연손해금의 이자율을 4.35%로 판시하였으나 '같은 기간 같은 종류의 인민폐 대출 기준이율'을 기준으로 할 경우 4.75%가 되기 때문이다. 최근인 2015년 10월 24일 업데이트한 금융기구 인민폐대출 기준이율은 아래의 표와 같다.

调整时间	六个月以内 (含六个月)	六个月至一年 (含一年)	一至三年 (含三年)	三至五年 (含五年)	五年以上
2014. 11. 22*	5. 60		6. 00		6. 15
2015. 03. 01	5. 35		5. 75		5. 90
2015. 05. 11	5. 10		5. 50		5. 65
2015. 06. 28	4. 85		5. 25		5. 40
2015. 08. 26	4. 60		5. 00		5. 15
2015. 10. 24	4. 35		4. 75		4. 90

최신 중국인민은행 금융기구 인민폐대출기준이율

94) 서울동부지방법원 2007.11.16. 선고 2006가합6384 판결, 대구고등법원 2018나20072 판결, 서울중앙지방법원 2016가합570522 판결, 인천지방법원 2017가합52640 판결.

95) 대구고등법원 2018나20072 판결.

## (2) 판결선고일 후의 지연손해금의 이자율

판결선고일 후의 지연손해금에 대하여 중국 민사소송법 제253조에서는 "피집행인<sup>96)</sup>이 판결, 재정 및 기타 법률문서가 지정한 기간에 금전 지급의무를 이행하지 않았을 경우, 지연기간의 채무에 대하여 배로 계산한 이자를 지급하여야 한다. 피집행인이 판결, 재정 및 기타 법률문서가 지정한 기간에 기타 의무를 이행하지 않았을 경우, 지연이행금을 지급하여야 한다." 고 규정하고 있고 "중화인민공화국민사소송법"을 적용하는 것에 관한 최고인민법원의 해석<sup>97)</sup> 제482조 제2항에서는 "법원은 집행통지중, 피집행인에게 법률문서가 확정된 내용의 이행을 통지하여야 하는 외, 민사소송법 제253조에서 정하고 있는 지연이자 또는 지연이행금 지급의 책임을 져야 함을 통지하여야 한다." 고 정하고 있다. 여기에서 알 수 있다싶이, 중국법상으로 비금전급부의무에 대하여는 지연손해금을, 금전급부의무에 대하여는 지연이자를 요구하고 있다. 때문에 본 부분에서 논의하는 지연손해금은 배로 계산한 지연이자이다.

배로 계산한 지연이자의 계산에 관하여 2014년 6월 9일 통과된 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석"<sup>98)</sup> 제1조에서는 "민사소송법 제253

96) '금전을 지급하여야 하는 패소한 피고'를 말한다.

97) 최고인민법원 '중화인민공화국민사소송법'을 적용하는 것에 관한 해석 (最高人民法院 关于适用'中华人民共和国民事诉讼法'的解释)은 2014년 12월 18일 최고인민법원심판위원회 제1636차회의에서 통과되었고 2015년 2월 4일부터 시행되었다.

98) "중국 민사소송법의 적용에 관한 의견" 제294조에는 "민사소송법 제232조가 규정한 이행지연기간의 채무에 대하여 2배의 이자를 지급하여야 한다는 것은 은행의 금융기관대출 최고이율의 2배로 지급하여야 한다." 는 규정이 있고 앞서 말한 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나 14857 판결에서도 동 규정을 적용하여 결론을 내린 바 있다. 하지만 2014년 6월 9일 최고인민법원 심판위원회 제1619차 회의에서 통과된 <집행절차중 지연이행기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석>의 마지막 부분에서는 "동 해석 실행전에 본원에서 반포한 사법해석의

조의 규정에 따른 지연이자를 배로 계산하는 경우는 지연이행기간의 일반 채무이자와 배로 계산한 채무이자가 포함된다. 지연이행기간 내의 일반 채무이자는 유효한 법률문서가 규정한 방법으로 계산한다. 유효한 법률문서에서 규정하지 않은 이자는 계산되지 않는다. 배로 계산하여야 하는 채무의 이자의 계산방법은 다음과 같다. 배로 계산하는 부분의 이자 = 채무자가 변제하지 못한 유효한 법률문서에서 규정한 일반채무이자 외의 금전채무  $\times$  1일당 만분의  $1.75 \times$  이행지연기간." 이라고 규정하고 있다.

동 조항에서 말하는 "채무자가 변제하지 못한 유효한 법률문서에서 규정한 일반 채무이자 외의 금전채무"란 본금을 말하는데 소송비, 감정비, 경매비 등은 이에 포함되지 아니한다.<sup>99)</sup> 지연이행기간은 최고인민법원 "중화인민공화국 민사소송법"을 적용하는 것에 관한 해석"<sup>100)</sup> 제506조의 규정에 따라 중국법상 "판결, 재정 및 기타 법률문서가 지정한 이행기" 만기일로부터 계산되어야 한다. 한국 법원일 경우 판결선고일에 이행할 것이 요구되고 지연손해금은 판결선고일로부터 계산된다. 이러한 차이를 표로써 정리하면 아래와 같다.

---

내용이 동 해석의 내용과 일치하지 않을 경우, 동 해석의 규정을 적용하여야 한다." 고정하고 있으므로 2배로 계산하여야 하는 이자를 계산함에 있어서 기존 "중국 민사소송법의 적용에 관한 의견" 대신 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석"의 규정을 따라야 할 것이다.

99) 최고인민법원 집행국에서 편찬한 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 관한 사법해석의 이해와 적용"이라는 책에서 설명된 내용이다. (朱俊峰, "浅谈迟延履行利息的计算", 河南法制报 第15版, 2015年 10月14日, 第一页.)

100) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释.



◆중국 법원에서의 지연손해금 계산



◆한국 법원에서의 중국법에 의한 지연손해금 계산

한국 법원에서의 판결과 결부하여 결론을 정리하면 아래와 같다.

1. 한국 법원은 우선 중국 민사소송법 제253조의 규정을 원용하여 판결 선고일 후의 지연손해금으로서의 '지체기간 동안 지급하여야 하는 배가 된 이자'를 지급하여야 함을 명시하여야 한다.
2. 그리고 나서 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제1조를 적용하여 민사소송법 제253조에서 말하는 배가 된 이자의 계산방법을 설명하여야 하고 판결선고일의 다음 날로부터의 1일당 만분의 1,75의 이자율로 지연손해금의 지급을 명하여야 한다.
3. 한국 법원은 '판결선고일 후의 지연손해금'은 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석"에서의 배로 계산한 이자라고 보아 "집행절차중 이행지연기

간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제1조의 규정에 따른 지연손해금의 지급을 명하였는데<sup>101)</sup> 이는 정확하다.

4. 하지만 일부 판결들<sup>102)</sup>에서 1년을 365일로 보아 6.38%의 연이율로 명한 것은 유감이다. 앞서 말한 중국의 사법해석에서 규정한 것은 1일당의 이자율이고 1년 또한 무조건 365일은 아니기 때문에 이런 설시는 정확성이 떨어진다. 이와 달리, 인천지방법원 2017가합52640 판결에서는 1일당 만분의 1.75의 이자율로 계산을 명하였는데 이는 정확하다.

## 2. 대금 이외의 금전채무의 지급장소

협약 제57조<sup>103)</sup>에서는 3단계로 나누어 매도인의 매매대금의 지급장소를 규정한다. 첫째, 당사자가 합의한 장소, 둘째, 그러한 합의가 없으면 물품 또는 서류의 교부와 상환하여 지급하는 경우 그 교부장소, 셋째, 위 두가지 규칙이 적용되지 않는 경우 보충적으로 매도인의 영업장소가 대금의 지급장소로 된다. 문언상으로 동 조항은 대금지급의무에만 적용되는 것으로 보이므로 계약위반으로 인한 손해배상 또는 계약해제

---

101) 대구고등법원 2018나20072 판결, 서울중앙지방법원 2016가합570522 판결, 서울중앙지방법원 2018가합521623 판결, 인천지방법원 2017가합52640 판결.

102) 대구고등법원 2018나20072 판결, 서울중앙지방법원 2016가합570522 판결, 서울중앙지방법원 2018가합521623 판결.

103) 협약 제57조

(1) 매수인이 다른 특정한 장소에서 대금을 지급할 의무가 없는 경우에는 다음의 장소에서 매도인에게 이를 지급하여야 한다.

(가) 매도인의 영업소, 또는

(나) 대금이 물품 또는 서류의 교부와 상환하여 지급되어야 하는 경우에는 그 교부가 이루어지는 장소

(2) 매도인은 계약체결 후에 자신의 영업소를 변경함으로써 발생하는 대금지급에 대한 부수비용의 증가액을 부담하여야 한다.

후의 대금의 반환채무 등과 같은 협약상 다른 금전채무의 이행지를 정하는 데도 적용될 수 있는지는 논란이 있다.<sup>104)</sup>

계약해제 후의 대금의 반환채무와 같은 경우는 동 조항에 근거한 지참채무의 원칙에 의하여 매수인의 영업소 소재지로 정하면 될 것이고 손해배상채무의 이행지와 관련하여는 논란이 있으나<sup>105)</sup> 한국 법원의 판결에서는 법정지인 한국의 국제사법에 의하여 결정되는 손해배상의 준거법에 의하여 결정하고 있다. 불법행위로 인한 손해배상일 경우, 한국 국제사법 제32조를 적용하여야 할 것이고 가해자와 피해자사이에 법률관계가 존재할 경우, 그 법률관계의 준거법에 따라야 할 것이며 일반적으로 국제사법 제25조와 제26조에 따른 계약의 준거법을 적용한다. 따라서, 매도인의 상거소가 중국에 위치하였을 경우 중국법이 적용되는 것이 일반적이다.

중국법에 의하면 금전채무의 이행지는 다음과 같은 순서로 결정되어야 한다. 1. 당사자들이 계약에서 손해배상채무의 이행지를 합의하였을 경우 그 합의에 의하여 할 것은 명백하지만 그러한 합의가 없을 경우, 계약법 제61조<sup>106)</sup>에서는 이와 관련하여 보충합의를 할 가능성을 열어두고 있다. 2. 손해배상채무의 이행지에 관한 합의가 없고 계약법 제61조에 의한 보충합의도 달성할 수 없는 때에는 법규정을 따라야 한다. 우선, 손해배상채무의 이행이 환어음으로 이루어 질 경우, 만약 환어음상

---

104) 석광현, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교 법학 제50권 제3호, 272면.

105) 손해배상채무에 관하여는 위반된 의무의 이행지가 지급장소가 되어야 한다는 견해, 제57조가 적용된다는 견해와 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 준거법에 따라 결정하여야 한다는 견해가 있다.(석광현, 위의 책, 272면, Staudinger/Magnus, Art. 57 Rn. 22 [재인용])

106) 중국 계약법 제61조 계약의 효력이 발생한 후 당사자는 품질, 대금 또는 보수, 이행장소 등 내용에 관하여 약정이 없거나 약정이 명확하지 아니한 경우에 합의하여 보충할 수 있다. 보충합의를 달성할 수 없는 때에는 계약의 관련 조항 또는 거래 관행에 따른다.

에 지급지가 기재되지 않았다면 특별법인 "중화인민공화국 어음법" 제 23조 제3항<sup>107)</sup>의 규정을 따라 지급자의 영업지, 거주지 또는 상거소에서 지급하여야 한다. 그렇지 않을 경우, 계약법 제62조 제3항<sup>108)</sup>에서 정하고 있는 원칙에 따라 통화를 接受하는 당사자의 소재지에서 이행하여야 한다.

화폐를 지급받는 당사자의 소재지에서 이행하여야 한다는 취지의 규정은 "계약법"외의 기타 법규정에서도 찾아 볼 수 있다. 예컨대, "최고인민법원 '민사소송법'을 적용할 데 관한 해석" 제18조 제2항은 "계약에서 이행지에 대하여 정하고 있지 않거나 합의의 내용이 명확하지 않을 경우, 분쟁의 목적물이 화폐라면 화폐를 接收<sup>109)</sup>하는 일방의 주소지를 계약의 이행지로 한다."고 정하고 있고 "민간차관사안의 법률적용의 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 규정" 제3조에서도 "임대차당사자가 계약이행지에 대하여 합의하지 않았거나 합의가 명확하지 않을 경우, 사후보충합의도 없었다면, 계약의 관련된 조항과 거래관습에 의하여도 확정할 수 없을 경우, 화폐를 接受하는 당사자 일방의 주소지를 계약의 이행

---

107) 중국 어음법 제23조

환어음 상에 지급일시, 지급지, 어음발행지 등의 사항의 명기는 마땅히 분명하고 명확하여야 한다. 환어음 상에 지급일시를 기재하지 아니한 경우 일람출급으로 간주한다. 환어음 상에 지급지를 기재하지 아니한 경우 지급인의 영업장소, 주소지 또는 일상적인 거주지를 지급지로 간주한다. 환어음 상에 어음발행지를 기재하지 아니한 경우 어음발행인의 영업장소, 주소지 또는 일상적인 거주지를 어음발행지로 간주한다.

108) 중국 계약법 제62조

당사자는 계약 내용에 관하여 약정이 명확하지 않고, 또 본법 제61조 규정으로도 확정할 수 없는 경우는 다음 규정을 적용한다

(3) 이행장소가 불명확한 경우는 통화를 지급하는 때에는 통화를 지급받는 일방당사자의 소재지에서 이행하고, 부동산을 인도하는 때에는 부동산의 소재지에서 이행하며, 그 밖의 목적은 의무를 이행하는 일방의 소재지에서 이행한다.

109) 중국 계약법 제62조에서 정하고 있는 '接受'는 사실상 타인으로부터 무언가를 받는 행위 또는 상태를 말하며 민사소송법해석에서 정하고 있는 '接收'는 관념상으로 받아들임을 의미하는데 양자의 뜻이 유사하므로 실무상에서는 이를 명확히 구분하지 않는다. 당사자의 의사를 존중하는 차원에서 '接受'를 사용하고 있다.(王庆峰, 穆佳贝, 王焕, "浅析合同纠纷中合同履行地和接受货币一方所在地的确定", 法制与经济 2017年 11期, 第96页)

지로 한다."고 규정하고 있다.

### 3. 대금의 통화

#### (1) 채권자의 대용급부청구권

한국 민법 제378조는 "채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다."고 정하고 있다. 한국 법원의 판결<sup>110)</sup>에서는 채무자의 대용급부권을 정하고 있는 동 조항을 원용하여 채권자의 대용급부청구권을 인정하고 있다. 하지만 한국법상 채권자의 대용급부청구권을 인정할 실정법적인 근거가 없는 것은 사실이다. 따라서 이에 채권자는 대용급부청구권을 가지지 않는다고 주장하는 견해<sup>111)</sup>도 있다. 또한 외국에서는 통화와 같이 중요한 사항을 채무자가 일방적으로 변경할 수 있다는 것은 협약의 원칙에 반한다는 이유로 긍정설이 없지는 않으나 부정설이 유력하다고 한다.<sup>112)</sup> 때문에 한국법상 채무자의 대용급부권이 인정되는지에 대하여는 더 논의해 보아야 한다.

채권자의 대용급부권의 존재여부를 판단하는 준거법의 결정과 관련하여 한국 법원<sup>113)</sup>은 "대용급부는 채무의 내용을 어떻게 이행할 것인가라

---

110) 대법원 1991.3.12. 선고 90다2147판결, 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857 판결.

111) 오수원, "외화채권자의 급부대용청구권과 외화판결의 강제집행", 인권과 정의 2011년 12월 제422권, 63면.

112) 석광현, '매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇가지 논점: 통화와 증명도로부터 본 사정범위와 흠결의 보충', 국제거래법연구 제27권 제2호, 2018, 22면.

113) 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857판결, 서울고등법원 2017나2049752판결.



는 구체적인 이행의 방법에 관한 것이고 환산의 시기와 환산율은 채무의 실질적 내용에 영향을 미치는 것으로 보기 어려우므로, 이에 관하여는 채권이 실제로 이행되는 장소 혹은 이행을 구하는 소가 제기된 장소인 우리나라 법을 준거법으로 하여 판단할 것"이라고 하면서 동 쟁점에 대하여 한국법을 적용하여야 한다고 실시하고 있다. 이러한 입장이 정확한지에 대하여는 회의감이 들지만<sup>114)</sup> 설사 법원이 향후의 사안에서도 선택에 근거하여 이러한 입장을 취한다고 하더라도 채권이 실제로 이행되는 장소가 중국이 될 수 있으므로 중국법상 동 쟁점과 관련된 논의를 살펴볼 필요가 있다.

중국 "민법통칙", "계약법" 등에서는 외화채권의 변제원칙에 관한 규정을 두고 있지 않다. 하지만 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제5조에서는 이자의 지급에서의 채권자의 대응급부청구권에 대하여 명확한 규정을 두고 있다. 동 조항에서는 "발효된 법률문서에서 외화의 지급을 명하였을 경우, 당해 외화의 만분의 1.75로 배가 되는 부분의 채무이자를 계산하여야 한다. 단 집행신청인이 인민폐로 결제할 것을 청구하였을 경우, 인민법원은 이를 인용하여야 한다. 인민폐로 배가 되는 이자를 계산할 경우 우선 발효된 법률문서에서 확정된 외화를 인민폐로 환산하여야 한다."고 정하고 있으며 동 조 제3항<sup>115)</sup>에서는 인민폐로 환산함에 있어

114) 우선, 채무는 환산의 시기와 환산율에 따라 큰 변화가 있을 수 있기 때문에 확실히 채무의 실질적 내용에 영향을 미친다. 그렇지 않다고 판단되어 법원의 실시에 따라 채권이 실제로 이행되는 장소 또는 소가 제기되는 장소의 법을 적용하여야 한다고 하더라도 전자는 한국이 아닐 수도 있고 또한 한국 국제사법상의 명확하거나 유추적용할 수 있는 법률근거도 밝히지 않았으므로 법원의 준거법 선택에는 설득력이 부족하다.

115) "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제5조 제3항  
인민폐로 환산하거나 套算함에 있어서, 채무의 배가 되는 이자의 기산일의 중국외 환거래센터 또는 중국인민은행으로부터 권한을 부여받은 기구에서 공포한 동 외화에 대한 인민폐환율의 중간값에 의한다. 중국외환거래센터 또는 중국인민은행으로

서의 환율기준을 제시하고 있다.

하지만 동 규정은 자연이행기간의 이자를 대상으로 한 것이므로 대금 지급이나 손해배상액의 지급에 적용되지 않는다는 우려가 있을 수 있다. 이와 관련하여 산둥성 고급인민법원은 창박아태과기(산둥)유한회사와 미국초위컴퓨터유한회사계약분쟁사안<sup>116)</sup>에서는 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제5조를 원용하면서 "발효된 법률문서에서 급부내용을 달러로 확정하였을 경우, 집행시 달러로 변제하거나 또는 채권자의 신청에 의하여 인민폐로 변제할 수 있다.", "동 조항은 비록 배로 계산하는 이자에 적용되는 것이지만 실질적으로는 발효된 법률문서에서 외화로 지급을 명하였을 경우의 상황에 대비한 것이다." 라고 설명하고 있다. 비록 동 사안은 결과적으로는 달러로 지급할 것을 명하였지만 논증과정에서의 앞서 언급한 것과 같은 내용들로부터 볼 때, 중국법상으로 채권자의 대용급부청구권은 인정된다고 판단하는 것이 합리적이다.

## (2) 채무자의 대용급부권

한국 민법 제377조, 제378조에서는 각각 " 1. 채권의 목적이 다른 나라 통화로 지급할 것인 경우에는 채무자는 자기가 선택한 그 나라의 각 종류의 통화로 변제할 수 있다. 2. 채권의 목적이 어느 종류의 다른 나

---

부터 권한을 부여받은 기구에서 환율중간가를 공포하지 않은 외화에 대하여는 당일 당해 외화 소속국의 국내의 인민폐 대 외화 환율의 중간가를 적용하거나 당해 외화의 국내은행, 국제외화시장이 달러에 대한 환율을 적용하여 달러가 인민폐에 대한 환율의 중간가로 套算하여야 한다.

116) 创博亚太科技(山东)有限公司、美国超微电脑股份有限公司合同纠纷执行审查类执行裁定书, 山东省高级人民法院(2017)鲁执复39号.

라 통화로 지급할 것인 경우에 그 통화가 변제기에 강제통용력을 잃은 때에는 그 나라의 다른 통화로 변제하여야 한다.", "채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다."는 규정을 두어 채무자의 대용급부권을 인정하고 있다. 따라서 한국법상으로 채무자의 대용급부권이 인정됨에는 의문이 없다.

하지만 중국법에는 이와 관련된 명확한 조문을 두고 있지 않으며 실무상에서 채무자의 대용급부권이 인정되어야 하는지의 여부에 관하여는 논의가 있다.<sup>117)</sup> 하지만 이와 관련된 연구는 극히 적으며 동 권리를 지지하는 입장의 논문은 찾아 볼 수가 없다. 논문에서는 외화에서 인민페로의 지급을 허락하는 경우, 이론상, 채무자의 선택권이 배제될 이유가 없는 한, 채무자는 이행지의 법정화폐<sup>118)</sup>로 상환할 것을 선택할 권한이 있다고 보아야 하지만 채권자가 채무자가 선택한 계약에서 정하고 있는 통화외의 통화로의 지급을 반드시 받아들여야 한다는 것은 채권자에게 공평하지 않다고 말한다.<sup>119)</sup> 인민페에서 외화로의 지급을 허락하는 경우, 이는 계약의 내용에 부합되지 않으므로 당사자들의 기대에 어긋날 뿐만 아니라 환율의 위험을 채권자에게 부담시키는 것이므로 채권자에게 불리할 수 있다고 주장한다.<sup>120)</sup> 때문에 이론상으로는 채무자의 대용급부권을 인정하지 않는다는 주장이 세를 가진다고 보아야 한다.

---

117) 杜以星, "外币之债汇率损失的承担——从一起涉外海上货物运输合同纠纷案说起", 法律适用, 2018年 第14期, 第14页.

118) 중국에서는 일반적으로 법상화폐라고 하는데 이는 국가가 강제적유통능력을 부여한 화폐를 말하며 채무자가 동 화폐로 공, 사적채무를 상환할 경우, 채권자는 거절할 수 없다. 이러한 법상화폐는 일반적으로 특정된 사회경제조건으로부터 결정되는데 미국에서의 달러, 중국에서의 인민페와 같은 것이다. (徐冬根, "论法偿货币——兼论电子货币非法律意义上的货币", 江西社会科学 2013年 第6期, 第156页.)

119) 张晓静, "货币债务跨国履行的法律问题研究", 武汉大学博士学位论文, 2011, 第37页.

120) 杜以星, 위의 논문, 14면.

하지만 사건으로는, 중국법상으로 채무자의 대용급부권이 인정되어야 한다고 본다. 그 이유는, 1. 채무자의 대용급부권의 문제는 결국 채무이행의 방식의 문제이다. 중국 계약법 제62조에서는 계약채무의 이행방식에 관하여 당사자 사이의 합의가 없을 경우, 계약의 목적의 실현에 유리한 방식으로 이행하여야 한다고 정하고 있으므로 이행의 편의를 도모하기 위한 차원에서 이러한 권한은 인정되어야 한다. 2. 채무자에게 이러한 권한을 부여한 것은 공평의 원칙에 위배된다는 반대의견이 있을 수 있다. 하지만, 우선 이러한 불공평은 당사자들의 합의를 통하여 대부분 치유될 수 있고 그러하지 않았을 경우에는 중국법상 환율의 기준을 정하고 있는 조항<sup>121)</sup>의 적용과 통화의 환산시점을 명확히 하는 방식으로 치유될 수 있다. 3. 채무자에게 이러한 권한이 있다고 이론상으로 인정된다고 하더라도 "외환관리조례" 제8조<sup>122)</sup>에 비추어 중국 법원이 외화로써의 지급을 명할 수 있는지의 여부가 논의될 수 있다.<sup>123)</sup><sup>124)</sup><sup>125)</sup> 하지만 동 조항에서 정하고 있는 내용은 중국 국내에서의 외화의 '유통'을 금지한다는 것이지 외화로써의 지급이 불가하다는 것은 아니다. 더욱이, 동 조례 제5조에서는 "국가는 경상적인 국제수지 및 이전을 제한하지 않는다."고 정하고 있으므로 이는 더욱 문제될 것이 없다. 또한, 중국 법원의 판결<sup>126)</sup>에서도 외화로써의 지급을 명하고 있다.

121) "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제5조 제3항.

122) 외환관리조례 제8조 중화인민공화국 경내에서 외화는 유통될 수 없고 외화로 값을 계산하여 결산할 수 없다. 단 국가의 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

123) 何飞, "外币之债的给付应坚持有利于守约方原则", 人民法院报 2014年10月15日 第7版, 第1页.

124) 이는 채무자가 인민페이의 통화로써의 지급을 요구하였을 경우를 대비한 논의이다.

125) 山东省高级人民法院 (2017) 鲁执复39号 판결에서 원고는 동 조항을 들어 외화로써의 지급을 명하는 것은 합리적이지 않다고 주장하였으나 산둥성 고급인민법원은 원고의 동 주장을 인용하지 않고 달러로의 지급을 명하였다.

126) 山东省高级人民法院 (2017) 鲁执复39号裁定书(달러의 지급을 명하였다.); 广州市中级人民法院(2007)穗中法民四初字第52号判决书(유로의 지급을 명하였다.)

### (3) 손해배상의 통화

협약은 손해배상에 대하여 규정하고 있으나<sup>127)</sup> 손해배상의 통화에 대하여는 별도의 규정이 없다. 하지만 법원은 국제무역에서의 손해배상 사건을 심리함에 있어서 손해배상금의 통화를 어떤 방식으로 결정해야 할지에 대한 현실적인 문제에 부딪칠 수 있다. 일부 국가의 법원은 화폐주권의 원칙에 근거하여 자국 화폐에 의한 손해배상액의 지급만을 허락하고 있는데<sup>128)</sup> 한국과 같은 경우, 대법원<sup>129)</sup>은 채무불이행 및 불법행위로 인한 손해배상채권의 경우 특별한 사정이 없는 한 원화채권만을 인정하는 태도를 보이고 있다.

이와 달리 중국은 판결에서 자국의 통화로 된 손해배상채권만 인정하는 것은 아니다. 최고인민법원의 지도성안례 107호인 "중화국제(싱가포르)유한회사 訴 디췌커야금산품유한책임회사 국제물품매매계약분쟁사안"<sup>130)</sup>에서 최고인민법원은 피고회사가 판결발효 후 30일내로 원고회사에게 채선료 손해액 98442.79달러를 납입하도록 요구하고 있다. 불법행위의 손해배상과 관련하여 "왕충양 訴 항용항공유한회사인신손해배상안"<sup>131)</sup>에서 원고는 피고의 항공편 탑승중 기내식에서 나온 용기파편에 인

127) 협약 제2절 손해배상액(제74조~제77조).

128) 莫万友, "国际贸易中损害赔偿的货币选择问题", 河南财经政法大学学报, 2013年 第6期, 第104页.

129) 대법원 1997.5.9. 선고 96다48688 판결은 "채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 채권은 당사자가 외국통화로 지급하기로 약정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 채권액이 외국통화로 지정된 외화채권이라고 할 수 없다."는 취지로 판시하였고 불법행위에 관한 대법원 1995. 9.15. 선고 94다61120 판결도 유사한 취지로 판시한 바 있다. (석광현, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교 법학, 2009.9, 271면.)

130) 中化国际(新加坡)有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案, 最高人民法院, 2019-02-25.

131) 汪忠良诉港龙航空有限公司人身损害赔偿案, 上海市长宁区人民法院(2000)长民初字第233号判决书.

후를 베어 발생한 중국과 필리핀에서의 의료비용, 결근비용, 변호사보수 등에 대하여 청구하였는데 그 중, 인민폐, 필리핀 페소, 달러 등이 포함되었고 이에 원고는 상용화폐인 미화로 손해배상금을 지급받을 것을 요구하였고 상해시 장녕구인민법원은 원고의 청구를 인용하였다. "팔마기 선주식회사 訴 홍콩창흠선무유한회사 등 선박충돌손해책임분쟁사안"에서 원고는 일본 유선회사의 Cape May 선박을 임대하여 컨테이너를 운송하였는데 상해장강수역에서 피고소유의 "창달217호" 선박과 충돌하였으며 피고가 주요 책임을 부담하게 되었고 미화, 인민폐, 일본엔 등 통화로 계산된 항구비, 응급수리비, 영구수리비 등 비용이 발생하였으며 상해시 고급인민법원은 원고의 청구에 따라 미화로 손해배상액을 지급하도록 명하였다.

하지만 중국 법원은 화폐의 선택을 법률적 문제로 보지 않고 기타 실체적 문제와 일괄하여 처리하고 있으며 판결문에 통화선택의 근거를 제시하지도 않는다.<sup>132)</sup> 때문에 법원이 손해배상의 통화를 선택하는 기준을 알 수 없다. 중국 법원은 일반적으로 표시통화(记账货币)로의 지급을 명하거나 원고가 요구한 통화로써의 지급을 명하고 있다.<sup>133)</sup> 표시통화로의 지급은 당사자들은 계약에서 표시된 통화로의 지급을 원한다고 추정할 수 있기 때문이고<sup>134)</sup> 원고가 요구한 통화로의 지급은 채권자에게 유리한 원칙<sup>135)</sup>을 적용한 결과로 보인다. 전자에 대하여는 특별한 설명이 필요없겠지만 환율이 변동하고 있는 상황에서 후자의 원칙을 적용하는 것은 사안의 공정성과 손해배상채권 채무자의 합리적인 권한을 해칠 우려가 있으므로 회의감이 든다.

132) 何其生, 陈立君, "论外币判决中的货币选择规则", 武大国际法评论 2012年 02期, 第 211页.

133) 何其生, 陈立君, 위의 논문, 210면.

134) 何其生, 陈立君, 위의 논문, 206면.

135) 동 원칙은 '杜以星, 위의 논문', 15면, '何飞, 위의 논문'에서 언급된 바 있다.

중국 학술계에서 이에 대한 논의도 많지 않다. UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.4.12조<sup>136)</sup>가 정하고 있는 완전배상의 원칙을 적용하여 원고의 손실을 가장 잘 반영해 줄 수 있는 통화로의 지급을 명하여야 한다는 견해가 있고 피해자가 손해를 보완하기 위하여 사용한 통화를 말하는 것이라고 하면서 현실상에서는 이윤을 획득한 통화로 하는 것이 합리적 일 것이라고 하는데<sup>137)</sup> 이러한 결론을 도출한 근거에 대하여는 설명이 없다. 중국법상 손해배상의 통화에 대한 결정의 문제는 여전히 논의가 필요하다.

### 제 3 절 협약의 외적 흠결에 대한 중국법의 보충 적용

#### 1. 매매계약의 실질적 유효성

협약 제4조<sup>138)</sup>는 매매협약은 국제물품매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율하고 원칙적으로 계약이나 그 조항 또는 관행의 유효성과 관련이 없다고 규정하고 있다. 여기에서 말하는 "계약의 유효성"이라 함은 형식상의 유효성, 즉 방식을 제외한 실질적 유효성의 문제인데 이에선 당사자의 권리능력, 행위능력, 착오, 사기 또는 강박에 의한 의사표시의 하자, 공서양속위반과 강행법규위반 등이 포함된다<sup>139)</sup>.

136) 2016개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제7.4.12조(손해배상액 산정에 사용되는 통화) 손해배상액은 금전채무의 표시통화와 손해발생통화 중 보다 적절한 통화로 산정되어야 한다.

137) 莫万友, 위의 논문, 106면.

138) 법무부, 위의 책 참조.

139) 2016년 개정 UNIDROIT Principles 는 제3장에서 유효성에 관하여 규정하는데 그에

한국 국제사법의 규정에 따르면 당사자의 능력은 당사자의 본국법, 대리권은 대리의 준거법, 의사표시의 하자능은 매매계약의 준거법에 의하고, 공서양속위반과 강행법규위반도 매매계약의 준거법에 의할 사항이나 경우에 따라 법정지법이 적용될 수 있다.<sup>140)</sup> 때문에 한국 국제사법의 이러한 규정에 의해 한국 법원에서 판시하는 한중 양국의 동산매매계약에서 중국법이 보충적 준거법으로 지정되었을 경우, 중국법상 계약의 유효성의 문제에 관한 법률적 규정과 법원의 해석론에 대하여 알아볼 필요가 있다.

#### (1) 당사자의 능력

당사자의 능력에 관한 문제는 계약의 유효성과 관련된 문제로 협약에서는 다루지 아니한다. 또한 2016년 개정된 UNIDROIT 당사계약원칙 제3.1.1조에서도 "본조는 무능력을 다루지 아니한다."고 정하고 있다. 신분의 문제는 본래 복잡할 뿐 아니라 각 국내법에서 이러한 문제를 다루는 방법도 극히 다양하다.<sup>141)</sup> 따라서 한국 법원에 제기된 한중 동산매매계약분쟁에서의 당사자능력에 관한 문제는 한국 국제사법에 의하여 지정된 준거법을 따라야 한다.

한국 국제사법 제11조에서는 "사람의 권리능력은 그의 본국법에 따른다."고 정하고 있으며 제13조에서는 "1. 사람의 행위능력은 그의 본국법에 의한다. 행위능력이 혼인에 대하여 확대되는 경우에도 또한 같다. 2.

---

열거된 쟁점들을 중심으로 유효성의 문제에 대하여 논의하였다.

140) 국제사법 제11조, 제13조, 제16조, 제18조, 제25조, 제7조 참조. (석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010, 50면.)

141) 오원석, 최준선, 석광현, 허해관 공역, 『UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016』, 삼영사, 2018, 94면.



이미 취득한 행위능력은 국적의 변경에 의하여 상실되거나 제한되지 아니한다."고 정하고 있다. 따라서 만약 동 조항의 규정을 따를 경우, 당사자의 국적이 중국이라면 한국의 국제사법에 의하여 중국법을 적용하여야 한다. 하지만 이러한 규정하에서도 당사자의 능력은 문제가 된 개개의 법률관계에 의한 준거법에 의하여야 한다는 견해가 있을 수 있다.<sup>142)</sup> 이러한 견해에 따를 경우, 당사자의 능력은 매매계약의 준거법이 될 것인데 한국 국제사법 제26조<sup>143)</sup>의 규정에 따라 가장 밀접한 관련이 있다고 추정되는 국가가 중국일 경우, 중국법이 적용될 것이다.

중국법상의 계약당사자의 능력은 당사자의 권리능력과 행위능력으로 나뉜다. 계약당사자의 능력에 관하여 중국 "계약법" 제9조에서는 "계약을 체결하는 당사자는 상응하는 민사권리능력과 민사행위능력이 있어야 한다. 당사자는 법에 의하여 대리인을 위탁하여 계약을 체결할 수 있다."고 정하고 있다.

권리능력이란 법률이 정하고 있는 자연인 또는 사회조직이 민사법률관계에 참여하고 민사권리를 취득하고 의무를 이행할 수 있는 자격인데 이는 민사적 권리를 취득할 수 있는 전제이지 구체적인 민사권리는 아니다. 자연인의 민사권리능력은 출생<sup>144)</sup><sup>145)</sup>을 기점으로 사망을 종점으로

142) 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 189면.

143) 한국 국제사법 제26조(준거법 결정시의 객관적 연결)

① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다. ② 당사자가 계약에 따라 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 이행을 행하여야 하는 경우에는 계약체결 당시 그의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 다만, 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 1. 양도 계약의 경우에는 양도인의 이행 2. 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행 3. 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행 ③ 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약의 경우에는 부동산이 소재하는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.

144) 출생의 인정에 대하여 중국에서는 진통설, 독립호흡설 등이 있지만 일반적으로는 의학상에서 인정한 출생시간을 기점으로 한다. 이와 관련된 민법총칙 제15조는 아래와 같

한다.

민사행위능력은 자연인이 독립적으로 법률행위를 실시할 수 있는 자격 또는 전제조건이며 법률행위는 의사자치를 실행하는 기본적인 도구이다. 때문에 평등한 주체사이의 인신 및 재산관계를 조절하는 민법은 민사주체가 의사자치를 실현함에 있어서 가장 기본적인 이성(理性)의 기준을 제시하고 있다. 이러한 기준은 개인의 판단 및 인지능력을 기초로 만들어진 것인데 이를 민사행위능력이라고 한다.<sup>146)</sup> 중국 민법은 자연인의 행위능력을 완전행위능력(完全行为能力), 제한행위능력(限制行为能力), 무행위능력(无行为能力) 등 세가지로 나누어 규정하고 있다.

첫 번째는 완전행위능력인이다. 완전행위능력을 가진 자는 독립적으로 민사행위를 실시할 수 있으며 유효한 계약에서의 체결주체의 요건을 만족시킬 수 있다. 중국민법상의 완전행위능력인으로 인정되려면 다음과 같은 두가지 요건을 만족시켜야 한다. 첫째, 만 18세 이상<sup>147)</sup><sup>148)</sup>의 성인이거나 만 16세 이상의 자신의 노동수입을 생활의 주요원천으로 하는 미성년자여야 한다.<sup>149)</sup> 둘째, 정신상황이 건강하고 정상적이어야 한다.

두 번째는 제한민사행위인이다. 중국민법상 제한민사행위인에는 다음

---

이 구체적인 규정을 두고 있다.

중국 "민법총칙" 제15조 자연인의 출생시간과 사망시간은 출생증명, 사망증명에 기재된 시간을 기준으로 한다. 출생증명, 사망증명이 없을 경우, 호적등기일 또는 기타 유효한 신분등기기재의 시간을 기준으로 한다. 기타 증거가 상술한 기재시간이 아님을 명백히 증명할 수 있을 경우에는 동 증거에서의 시간을 기준으로 한다.

145) 중국 민법총칙 제13조 자연인은 출생으로부터 사망시까지 민사권리능력을 가지며 법에 의하여 권리를 가지고 의무를 부담한다.

146) 王思淇, "论我国民事行为能力制度的完善", 法制与社会 2019 · 1(上) 法制园地 第27页.

147) 여기에서의 "이상"은 만 18세도 포함한다.

148) 한국 민법총칙 제4조(성년)에서는 사람은 19세로 성년에 이르게 된다고 정하고 있다.

149) 중국 민법총칙 제17조, 제18조에서는 "만 18세 이상의 자연인은 성년자이다. 18세 미만의 자연인은 미성년자이다.", "성년자는 완전민사행위능력인으로서 독립적으로 민사법률행위를 실시할 수 있다. 만 16세이상의 미성년자이지만 자신의 노동수입을 생활의 주요원천(主要来源)으로 할 경우, 완전민사행위능력인으로 볼 수 있다." 고 정하고 있다.

과 같은 주체들이 포함된다. 첫째, 만 8세 이상의 미성년자.<sup>150)</sup><sup>151)</sup> 둘째, 자신의 행위에 대하여 완전하게 변식할 수 없는 성인.<sup>152)</sup> 민법총칙 제19조와 제22조에서는 이러한 제한민사행위인은 법정대리인이 대리하여 민사행위를 실시하거나 또는 법정대리인의 동의와 추인을 거쳐야만 독립적인 민사행위를 실시할 수 있다고 정하고 있다. 제한민사행위인이 체결한 계약은 법정대리인의 추인을 거쳤을 경우 유효하다. 하지만 순수한 이익만 얻는 계약이거나 자신의 나이, 지력, 정신건강상황에 맞는 계약은 법정대리인의 추인을 거치지 않아도 된다. 계약 상대방은 법정대리인이 1개월내에 추인할 수 있도록 최고할 수 있는데 법정대리인이 의사표시를 하지 않았다면 추인을 거절한 것으로 본다. 계약이 추인되기 전, 선의의 상대방은 취소(撤销)할 수 있는데 이러한 취소는 통지의 방식으로 행하여진다.<sup>153)</sup>

세 번째는 무민사행위능력인인데 만 8세 이하의 미성년자와 자신의 행위에 대한 판단이 완전히 이루어지지 않는 성인을 포함한다. 그들이 체결한 계약은 법정대리인이 대리하지 않았을 경우 무효로 보아야 한다.

한국 국제사법 제16조에 의하면 법인 또는 단체는 대한민국에 주된 사무소가 있거나 대한민국에서 주된 사업을 하는 경우를 제외하고는 그 설립의 준거법에 의한다. 따라서 이 경우, 법인의 설립지가 중국이라면

---

150) 중국 민법총칙 제19조 만 8세이상의 미성년자는 제한민사행위능력인이고 민사법률행위는 그 법정대리인이 대리하여 하거나 그 법정대리인의 동의, 추인을 얻어 한다. 다만 순수하게 이익을 얻는 민사법률행위 또는 그 연령, 지능에 상당한 민사법률행위는 독립적으로 할 수 있다.

151) 기존의 "민법통칙"에서는 만 10세를 기준으로 하였으나 현 "민법총칙"에서는 만 8세로 개정하였다.

152) 중국 민법총칙 제22조 자기 행위를 완전히 변식할 수 없는 성인은 제한민사행위능력인으로 하고 민사법률행위는 그 법정대리인이 대리하거나 또는 그 법정대리인의 동의, 추인을 얻어 한다. 다만 순수하게 이익을 얻는 민사법률행위 또는 그 연령, 지능에 상당한 민사법률행위는 독립적으로 할 수 있다.

153) 중국 계약법 제47조.

중국법을 적용하여야 한다.

법인에 대하여 정의하고 있는 중국 "민법총칙" 제57조에서는 법인은 민사권리능력과 민사행위능력을 가지고 법에 의하여 독립적으로 민사권리를 가지고 민사의무를 부담하는 조직을 말한다고 정하고 있다. 따라서 법인도 자연인과 마찬가지로 민사권리능력과 민사행위능력을 가지지만 "민법총칙" 제59조<sup>154)</sup>에서 정하고 있는 바와 같이 민사권리능력과 민사행위능력은 동시에 발생하고 소멸하므로 구분할 실익이 없다.

법인은 성립시, 민사권리능력과 민사행위능력을 취득한다. 하지만 법인의 유형에 따라 성립시점에 대한 기준이 상이할 수 있다. "민법총칙" 제77조<sup>155)</sup> 및 제88조-제93조의 규정에 의하면 영리법인<sup>156)</sup>은 성립시 등기를 필요로 하며 비영리법인은 등기가 필요하다고 정한 경우에 한해서만 등기를 성립요건으로 한다.

이론상 법인에게 민사행위능력이 있다고 해도 실무상에서는 자연인이 법인을 대표하여 법률행위를 하므로 그 자연인이 법인을 대표할 자격이 있는지도 문제될 수 있다. "민법총칙" 제61조의 규정에 의하면 법률이나 법인의 정관의 규정에 의하여 법인을 대표하여 민사활동을 하는 책임자를 중국법에서는 법인의 법정대표인이라고 부르고 법정대표인이 법인의 명의로 한 민사활동의 법률효과는 법인에게 귀속된다고 한다. 회사의 법정대표인과 관련하여 "회사법" 제13조에서는 "회사의 법정대표인은 정관

---

154) 중국 민법총칙 제59조 법인의 민사권리능력과 민사행위능력은 법인이 성립한 때에 발생하고 법인이 종지(终止)할 때에 소멸된다.

155) 중국 민법총칙 제77조  
영리법인은 법에 의하여 등기하여 성립한다.

156) 영리법인과 비영리법인은 경영활동을 진행하는지의 여부와 경영소득을 구성원에게 배분하는지의 여부를 기준으로 하는 법인의 분류이다. 회사는 제일 전형적인 영리법인인데 민법총칙 제76조 제2항에서는 영리법인은 유한책임회사, 주식유한회사와 기타 기업법인 등을 포함한다고 정하고 있다. 회사의, "민영교육촉진법", "교육법" 등에서 정하고 있는 영리성 민영학교도 이에 포함된다.

의 규정에 따라, 대표이사, 업무집행이사 또는 경영자가 맡으며, 법에 의하여登記하여야 한다. 회사의 법정대표인이 변경되었을 경우, 법에 의하여 변경登記를 하여야 한다."고 정하고 있다. 하지만 예컨대 법정대표인이 변경되었음에도 불구하고 변경登記를 하지 않은 등 법인의 실제사정과登記사항이 불일치한 경우가 있을 수 있는데 이 경우 선의의 상대방에게 대항할 수 없다<sup>157)</sup>.

법인의 민사권리능력과 민사행위능력은 종지시 소멸된다. 종지(終止)의 개념에 대하여 "민법총칙" 제68조 제1항에서는 법인이 해산<sup>158)</sup>되거나, 파산이 선고되거나 법률이 정하는 기타 원인으로 인하여 법에 의하여 청산, 말소登記를 한 경우, 법인이 종지된다고 정하고 있다. 때문에 법인이 청산기간동안 청산과 관계되지 않는 활동은 할 수 없지만 법인은 존속하며 그 민사권리능력 또한 존재한다고 보아야 한다.<sup>159)</sup><sup>160)</sup>

---

157) 중국 민법총칙 제65조.

158) 법인의 해산사유와 관련하여, 중국 민법총칙 제69조에서 정하고 있다.

제69조 다음 각 호의 사유중 하나가 있는 경우에는 법인은 해산한다.

1. 법인의 정관이 규정한 존립기간 만료 또는 법인정관이 규정한 기타의 해산사유의 발생.
2. 법인의 의사결정기관에 의한 해산의 결의.
3. 법인의 합병이나 분할로 인한 해산의 필요.
4. 법인이 법에 의하여 영업허가,登記증의 회수, 폐쇄 또는 취소의 명령을 받았을 경우.
5. 법률이 정한 기타의 경우.

159) 중국 민법총칙 제72조

1. 청산기간동안에 법인은 존속한다. 다만 청산과 관계 없는 활동은 할 수 없다.
2. 법인의 청산 후 남은 재산은 법인의 정관의 규정이나 법인의사결정기관의 결의에 의하여 처리한다. 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의한다.
3. 청산을 종료하고 법인의 말소登記를 완료한 때에 법인은 소멸한다. 법에 의하여 법인登記를 할 필요가 없는 경우에는 청산종료한 때에 법인은 소멸한다.

160) 王利明, 楊立新, 『民法学』(第3版), 法律出版社, 2011, 第65页.

## (2) 대리권

국제매매에 있어 보다 중요한 문제는 타인을 대리하는 어떤 자의 법적 권한, 즉 대리권이다. 협약은 대리과 그 수권에 내재하는 복잡한 문제를 다루지 않는다. 이러한 문제를 다루는 UNIDROIT가 선언한 "국제물품매매에서 대리에 관한 협약"이 있긴 하지만 현재 발효되지 않았으므로<sup>161)</sup> 대리권의 문제는 여전히 관련 국내법에 일임되어 있다. 한국 법원에서 재판할 경우, 대리의 준거법은 한국 국제사법에 의하여 지정되어야 한다.

한국 국제사법 제18조<sup>162)</sup>에서는 대리의 준거법에 관한 특칙을 정하고 있다. 대리관계에는 본인과 대리인, 대리인과 상대방, 상대방과 본인의 관계라는 3면 관계가 있게 되는데<sup>163)</sup> 국제사법의 동 조항에서도 이러한 관계에 따라 규정을 두었다. 본인과 대리인의 관계는 제1항에 따라 당사자간의 법률관계의 준거법에 의하고, 대리인과 상대방의 관계에 대

---

161) 제네바협약 제33조 제1항을 보면 “이 협약은 10번째의 비준서, 수락서, 승인서 또는 가입서가 기탁된 날부터 12월이 경과된 다음 달의 1일에 효력이 발생한다.”고 규정되어 있어서, 이 협약이 발효되기 위해서는 10개국이 이 협약을 비준, 수락, 승인하거나 이 협약에 가입하여야 한다. (이지만, “국제물품매매에 있어서의 대리에 관한 협약(1983년)의 재조명”, 국제거래법연구, 2011년 제20기 제2호, 195면.)

162) 한국 국제사법 제18조

① 본인과 대리인간의 관계는 당사자간의 법률관계의 준거법에 의한다.

② 대리인의 행위로 인하여 본인이 제3자에 대하여 의무를 부담하는지의 여부는 대리인의 영업소가 있는 국가의 법에 의하며, 대리인의 영업소가 없거나 영업소가 있더라도 제3자가 이를 알 수 없는 경우에는 대리인이 실제로 대리행위를 한 국가의 법에 의한다.

③대리인이 본인과 근로계약 관계에 있고, 그의 영업소가 없는 경우에는 본인의 주된 영업소를 그의 영업소로 본다.

④본인은 제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 대리의 준거법을 선택할 수 있다. 다만, 준거법의 선택은 대리권을 증명하는 서면에 명시되거나 본인 또는 대리인에 의하여 제3자에게 서면으로 통지된 경우에 한하여 그 효력이 있다.

⑤대리권이 없는 대리인과 제3자간의 관계에 관하여는 제2항의 규정을 준용한다.”고 정하고 있다.

163) 박윤직, 김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013, 341면.

하여는 동 조항에서 별도의 규정을 두지 않았지만 양자의 매매계약의 준거법에 의하며<sup>164)</sup> 상대방과 본인의 관계에 대하여는 제2항에 따라 대리인의 영업소 소재지법 또는 대리행위지법에 의한다. 하지만 대리의 대상의 특수성으로 인하여 제18조의 원칙을 적용하기에 적절하지 않은 경우가 있다. 이 경우에는 예컨대, 부동산의 처분에 관한 대리의 경우 부동산 소재지법에 의하고 거래소에서의 중개인의 행위가 거래소 소재지법에 의하는 것과 같이<sup>165)</sup> 그 행위의 준거법에 의할 수 있는 것이다.

중국은 민법총칙 제7장에서 대리에 대한 규정을 두고 있다. 이러한 규정은 기존의 "민법통칙"의 기초에서 대리의 일반규칙 및 임의대리제도에 대하여 보완한 것이다.<sup>166)</sup> 대리권이 발생하였을 경우, 대리의 일반적 법리에 의하여 대리인이 행한 법률효과가 직접 본인에게 귀속한다. 중국 법상 대리권은 법률의 규정(법정대리권), 법원 또는 관련기관의 지정(지정대리권), 특정인의 지정(임의대리권)에 의하여 발생한다. 대리의 대상은 반드시 재산에 관한 표의행위(表意行为)여야 하고 신분행위와 사실행위는 대리불가하다.

대리권의 남용에 있어서 기존의 "민법통칙"에서는 대리인이 제3자와 악의적으로 협상하는(恶意串通)경우에 대하여만 규정하였으나 "민법총칙"에서는 자기대리금지<sup>167)</sup>와 쌍방대리금지<sup>168)</sup>의 규정에 대하여 추가하였다. 이러한 기초상에서 성실신용의 원칙을 위반한 기타 행위도 대리권의

164) 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 231면.

165) 석광현, 위의 책, 제233면.

166) 关于《中华人民共和国民法总则(草案)》的说明·中国政府网

[http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/09/content\\_5175399.htm#allContent](http://www.gov.cn/xinwen/2017-03/09/content_5175399.htm#allContent)

최종방문일: 2019년 6월 22일.

167) 중국 민법총칙 제168조 제1항 대리인은 본인의 명의로 자신과 민사법률행위를 실시할 수 없다. 하지만 본인이 동의하였거나 추인한 경우는 제외한다.

168) 중국 민법총칙 제168조 제2항 대리인은 본인의 명의로 자신이 동시에 대리하고 있는 기타 주체와 민사법률행위를 실시할 수 없다. 하지만 대리된 쌍방의 동의나 추인이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

남용을 구성할 수 있다고 주장하고 있는 학자도 있다.<sup>169)</sup> 하지만 대리권 남용의 후과에 대하여는 별도의 규정을 두지 않았고 이에 대하여는 여전히 논의가 많다.

이와 관련하여 "서재홍 및 해남태림식품유한회사대리권상소안"<sup>170)</sup>에서 해남성 제2중급인민법원은 자기대리는 성실신용원칙에 위배되었음에 착안점을 두어 동 행위는 대리권남용에 속함을 실시하였으며 대리인의 대리권남용행위는 진실하지 않은 의사표시로서 무효한 민사행위에 속한다고 판시하였다. 1심법원에서는 "민법통칙" 제4조<sup>171)</sup> 및 "계약법" 제48조 제1항<sup>172)</sup>, 제401조<sup>173)</sup>의 규정에 의하여 동 사안에서 서재홍이 태림회사를 대리하여 "보충합의" 와 "해지합의"를 체결한 행위가 무효임을 확인하였다. 하지만 계약법 제48조에서 정하고 있는 내용은 무권대리에 관한 것이므로 그 합리성에는 의문이 든다. 2심법원에서는 "민법통칙" 제55조<sup>174)</sup>에 의하여 대리계약의 체결행위는 태림회사의 진실된 의사표시가 아니므로 유효한 민사행위가 구비하여야 할 행위인의 의사표시가 진실되어야 한다는 요건을 만족시킬 수 없으므로 무효라고 판단하였다.

무권대리는 협의의 무권대리와 표현대리로 나눌 수 있는데 그 분류<sup>175)</sup>와 정의<sup>176)</sup>에 있어서는 한국 민법에서의 그것과 일치한다. 중국에

---

169) 孙宪忠, 『民法总论』, 社会科学文献出版社, 2004, 第56页.

170) 海南省第二中级人民法院 (2013) 海南二中民二终字第305号.

171) 중국 민법통칙 제4조 민사활동은 자원, 공평, 등가유상, 성실신용의 원칙을 준수하여야 한다.

172) 중국 계약법 제48조 무권대리인이 체결한 계약.

173) 제401조 수탁인의 보고의무

수탁인은 위탁인의 요구에 따라 사무의 처리상황을 보고하여야 한다. 위임계약이 만료되었을 경우, 수탁인은 위탁사무의 결과를 보고하여야 한다.

174) 중국 민법통칙 제55조 민사법률행위는 다음의 조건에 부합되어야 한다.

- (1) 행위인이 상응한 민사행위능력을 가지고 있어야 한다.
- (2) 의사표시가 진실하여야 한다.
- (3) 법률 또는 사회공공이익에 위배되지 말아야 한다.



서는 표현대리는 진정한 대리인으로 믿을 만한 본인에 기인한 사정이 있어서 정당한 대리권을 가지고 대리행위를 한 경우와 마찬가지로 그 법률 효과를 본인에게 귀속시키는 경우를 말하고 그렇지 않은 경우 대리인이 대리권 없이 대리행위를 하였다면 협의의 무권대리로 정의된다. 협의의 무권대리는 효력미정(效力待定)의 민사행위로서 본인은 추인권<sup>177)</sup>과 거절권을 가진다. 본인의 이러한 권리에 대하여는 계약법 제48조<sup>178)</sup>와 민법총칙 제171조<sup>179)</sup>에서 정하고 있다.

표현대리는 계약법 제49조와 민법총칙 제172조<sup>180)</sup>에서 정하고 있는

175) 박윤직, 김재형, 위의 책 제6절 제6관 무권대리에서는 표현대리와 협의의 무권대리에 대하여 설명하고 있다.

176) 한국에서는 대리인에게 대리권이 없는데도 마치 그것이 있는 것과 같은 외관이 있고, 또한 그러한 외관의 발생에 관하여 본인이 어느 정도 원인을 주고 있는 경우에, 그 무권대리행위에 대하여 본인이 책임을 지게 하는 것이 표현대리제도이고 대리인이 대리권 없이 대리행위를 하였으나 표현대리에는 속하지 않는 경우를 협의의 무권대리라고 정의한다. (박윤직, 김재형, 위의 책, 363면, 371면.)

177) 중국 계약법 제48조, 제51조의 규정에 의하면, 행위인이 대리권을 가지고 있지 않거나 대리권을 초월하였거나 대리권 소멸후 본인의 명의로 계약을 체결하였을 경우, 처분권을 가지지 않는 자가 타인의 재산을 처분하였을 경우, 본인 또는 권리인의 추인을 거쳤다면 계약은 효력을 가진다.

178) 중국 계약법 제48조 행위자가 대리권이 없거나 대리권한을 초과하였거나 대리권이 소멸(终止)한 후 본인의 명의로 체결한 계약은 본인의 추인을 거친 경우를 제외하고는 본인에게 효력을 발생하지 않는다. 상대방은 본인이 1개월내에 추인하도록 최고할 수 있다. 본인이 의사표시를 하지 않았을 경우, 추인을 거절한 것으로 본다.

179) 중국 민법총칙 제171조 행위자가 대리권이 없거나 대리권한을 초과하였거나 대리권이 소멸한 후에도 대리행위를 진행하였다면 본인에 의하여 추인된 경우를 제외하고는 본인에게 효력을 발생하지 않는다.

상대인은 본인에게 통지를 받은 날로 부터 1개월 내로 추인할 것을 최고할 수 있다. 본인이 표시를 하지 않았을 경우, 추인을 거절한 것으로 본다. 행위인이 실시한 행위가 추인받기 전, 선의의 상대방은 취소(撤销)할 권리가 있다. 취소는 통지의 방식으로 행해져야 한다.

행위인이 실시한 행위가 추인받지 못하였을 경우, 선의의 상대방은 행위인이 채무를 이행할 것 또는 자신이 받은 손해에 대하여 배상할 것을 청구할 권리를 가진다. 하지만 배상의 범위는 본인의 추인시 상대방이 획득할 수 있는 이익을 초과하지 말아야 한다.

상대인이 행위인이 무권대리임을 알았거나 알았어야 할 경우, 상대방과 행위인은 각자의 과실에 의하여 책임을 부담한다.

180) 중국 민법총칙 제172조 행위인에게 대리권이 없거나 대리권한을 초과하였거나 대리권이 소멸한 후에도 대리행위를 진행하였을 경우, 만약 상대방이 행위인이 대리권을 가짐을 믿을만한 이유가 있다면 대리행위는 유효하다.

데 표현대리로 인정된다면 그 행위는 유효하다. 표현대리는 대리인의 무권대리행위가 객관상 대리권의 요건을 만족시킬 것을 요구하는 외, 상대인이 주관상 선의로 과실이 없이 행위인이 대리권을 가지고 있음을 믿어야 할 것도 요구하고 있다. 여기에서 문제되는 것은 중국법상 어떤 경우를 "상대인이 행위인이 대리권이 있음을 믿을 수 있게 하는 사유"에 포함시킬 수 있는지에 관한 것이다. 그 예로는 예컨대 행위인과 본인 사이에 특수 관계가 존재하거나 본인의 구두 의사표시가 실행행위에 대한 사실상의 묵인을 구성하였거나 행위인의 회사의 인감 또는 인감이 찍혀져 있는 공백 계약서를 가지고 있는 등을 들 수 있다.<sup>181)</sup>

표현대리를 구성함을 주장한 계약의 일방당사자는 이 점에 대하여 증명하여야 한다.<sup>182)</sup> "최고인민법원 현재 형세에서의 민상사계약분쟁사안 심리에서의 약간의 문제에 대한 지도의견" 제14조는 이러한 점에 대하여 증명할 때 고려하여야 할 구체적인 요소에 대하여 제시하고 있는데 인민법원은 계약상대방이 주관상 선의이고 과실이 없음을 판단함에 있어서 계약체결 및 이행과정중의 각 요소를 종합적으로 고려하여 계약상대자가 합리적인 주의의무를 이행하였는지의 여부를 판단하여야 하는 외, 계약의 체결시간, 누구의 명의로 서명하였는지, 인감이 있는지와 그 진위여부, 목적물의 교부방식 및 장소, 구매한 자료, 임차한 기자재, 차관의 용도, 건축단위에서 프로젝트 책임자(经理)의 행위를 알고 있는지의 여부, 계약이행에 참여하였는지의 여부 등에 근거하여 종합적으로 분석하고 판단하여야 한다고 정하고 있다.

---

181) 李竹青 江苏省高邮市人民法院, "从本案谈表见代理的适用", 法制博览, 2018年 12月(下), 第240页.

182) 最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见 第13条  
中国人大网 [www.npc.gov.cn](http://www.npc.gov.cn) 日期: 2009-07-14  
最高人民法院印发《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的通知  
法发〔2009〕40号  
[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfjs/2009-07/14/content\\_1510405.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/fztd/sfjs/2009-07/14/content_1510405.htm)

(3) 착오, 사기, 강박 또는 중대한 불균형<sup>183)</sup>에 의한 의사표시의 하자

한국 국제사법 제29조 제1항에서는 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다고 확인하고 있다.<sup>184)</sup> 동 조항에서 말하고 있는 유효성은 계약의 방식의 유효성이 아닌 실질적 유효성, 즉 청약 또는 승낙의 유효성과 계약의 적법성을 포함하는 개념이다.<sup>185)</sup> 따라서 착오, 사기, 강박 또는 공박에 의한 의사표시의 하자도 계약의 유효성의 문제로 볼 수 있다. 유효성에 대하여 정하고 있는 2016년 개정된 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3장의 제2절에서도 착오<sup>186)</sup>, 사기<sup>187)</sup>, 강박<sup>188)</sup> 및 중대한 불균형<sup>189)</sup>에 대하여 언급하고 있다.

---

183) '중대한 불균형'(gross disparity)이라는 표현은 2016년 개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3.2.7조의 표현을 따른 것이다. 동 조항에서는 중대한 불균형으로 제1조 가호에서 '당사자의 종속상태, 경제적 곤궁이나 긴박한 필요 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 불공정하게 이용한 사실'을 고려하여야 한다고 명시한다.

184) "계약채무의 준거법에 관한 로마규정(로마 I)" 제10조에도 이와 동일한 취지의 규정을 두었다.

로마 I 제10조

1. 계약 또는 그 계약 조항의 존재 및 유효성은 만일 그 계약 또는 그 조항이 유효하다면 이 협약에 의하여 적용될 법에 의하여 판단된다.

2. 그러나 제 사정으로부터 보아 어느 당사자의 행동의 효과를 제1항에 기재된 법에 따르도록 하는 것이 정당하지 않은 경우에는, 그 당사자는 그가 그 계약에 동의하지 않았다는 주장을 하기 위하여 그가 상거소를 가지는 법을 원용할 수 있다.

185) 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 108면.

186) 2016년 개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3.1.4조 강행규정성; 제3.2.1조 착오의 정의; 제3.2.2조 취소사유가 되는 착오; 제3.2.3조 표시상 또는 전달상의 오류; 제3.2.4조 불이행에 대한 구제수단이 부여되는 경우; 제3.2.8조 제3자; 제3.2.10 취소권의 사실.

187) 2016년 개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3.1.4조 강행규정성; 제3.2.5조 사기; 제3.2.8조 제3자.

188) 2016년 개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3.1.4조 강행규정성; 제3.2.6조 강박; 제3.2.8조 제3자.

189) 2016년 개정 UNIDROIT 국제상사계약원칙 제3.2.7조 중대한 불균형.

중국법상 중대한 착오<sup>190)</sup> 사기, 강박 또는 중대한 불균형에 의한 의사표시의 하자가 있을 경우, 당사자는 인민법원 또는 중재기구에 취소를 청구할 수 있다. 이에 대하여는 민법총칙 제147조<sup>191)</sup>, 148조<sup>192)</sup> 및 계약법 제54조<sup>193)</sup>에서 정하고 있다. 취소가능계약은 성립시 법률효력을 가지며 취소가능한 이유가 있음으로 하여 법원 또는 중재기관이 취소청구에 따라 재판 또는 중재판정을 한 때 무효가 된다. 만약 정해진 시간에 취소인이 취소권을 주장하지 않았거나<sup>194)</sup> 계약의 부분적인 조항에 대하여만 수정하였을 경우, 당사자는 여전히 계약내용의 구속을 받는다.<sup>195)</sup>

중대한 착오<sup>196)</sup>와 관련하여 "민법통칙" 제59조 제1항에서는 행위인이

190) 단 주의할 점은 물품의 성질 또는 매수인의 지불능력에 관한 착오는 협약 제35조와 제71조에 의하여 규율되므로 그 범위내에서 착오에 관한 국내법상의 법리는 고려되지 않으므로 이 방면에서는 중국법의 법리를 참조할 필요가 없다. (석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2013, 52면 참조.)

191) 중국 민법총칙 제147조 중대한 착오에 의하여 한 민사법률행위에서 행위자는 법원이나 중재기관에 취소를 구할 수 있다.

192) 중국 민법총칙 제148조 일방이 사기의 수단으로 상대방이 진실된 의사가 아닌 상황에서 실시한 민사법률행위에 대하여 사기를 당한 일방은 인민법원 또는 중재기관에 취소를 구할 수 있다.

193) 중국 계약법 제54조 취소가능계약

다음 각 호의 계약은 당사자 일방이 인민법원 또는 중재기구에 변경 혹은 취소를 청구할 수 있는 권리가 있다.

(1) 중대한 착오에 의해 체결한 경우,

(2) 계약을 체결한 때에 현저하게 공평성을 잃은 경우.

당사자 일방이 사기·강박의 수단 또는 공박을 이용하여 상대방으로 하여금 진정한 의사에 반하여 체결하게 한 계약은 손해를 입은 당사자가 인민법원 또는 중재기구에 그 계약의 변경 또는 취소를 신청할 수 있다. 당사자가 변경을 청구한 경우는 인민법원 또는 중재기구는 그것을 취소하지 못한다.

194) 중국 계약법 제55조 취소권의 소멸

다음의 경우, 취소권은 소멸한다. (1) 취소권을 가지는 당사자가 취소사유에 대하여 알았거나 알았어야 할 날부터 1년내에 취소권을 행사하지 않았거나 (2) 취소권을 가지는 당사자가 취소사유를 안 후 권한을 포기하겠다는 명확한 의사표시를 하였거나 자신의 행위로 동 권한을 포기하였을 경우.

195) 龚蒙蒙, "论可撤销合同", 法制与社会, 学术前沿 2016 · 6 (上).

196) 한국 민법의 '착오'라는 표현과 달리 중국법에서는 '중대한 착오'로 한정 짓고 있으나 한국 민법 제109조에서도 법률행위의 중요한 부분에 착오가 있을 것이라고 정하고 있으며 따라서 법률행위의 중요하지 않은 부분에 착오가 있다면 취소할 수 없으므로(곽윤

행위의 내용에 대하여 중대한 착오가 있을 경우에만 계약을 변경, 또는 취소할 수 있다고 정하고 있다. 1988년 "최고인민법원 '중화인민공화국 민법통칙'을 관철집행하는 것에 관한 약간의 문제에 관한 의견"<sup>197)</sup> 제 71조에서는 "행위인이 상대방당사자, 목적물의 종류, 품질, 규격, 수량 등<sup>198)</sup>에 대한 착오로 인하여 행위의 결과가 본인의 의사에 부합되지 않으며 중대한 손해를 초래하였을 경우, 중대한 착오로 인정될 수 있다."고 규정하면서 착오가 발생한 대상과 결과의 엄중성 등 두가지 부분으로 나누어 동 개념의 의의에 대하여 해석하고 있다.

하지만 중국 "민법총칙" 제147조에서는 "민법통칙"의 '행위의 내용'에 대한 착오라는 제한을 삭제하였다. 현재의 동 부분에 관한 입법에는 '내용' 외의 기타 요소에 대한 중대한 오해가 있을 경우에 대한 규정이 없으며 어떤 조건을 만족시켜야만 '중대한' 이라는 조건에 부합될 것인지에 대하여도 정하고 있지 않다. 또한, 민사법률행위의 이론 및 실천유형의 부단한 발전으로 하여 중대한 착오제도의 범위가 변할 수도 있으므로 최고인민법원이 법률적용의 차원에서 중대한 착오의 인정에 대하여 규정하는 것이 합리적이라고 보는 견해도 있다.<sup>199)</sup> 중국의 사법실무에서도 이에 대한 명확한 판단기준이 존재하지 않는데 법관은 행위내용에 대한 중대한 착오의 여부를 판단하기 보다 객관적인 인과관계의 존재를 중요시하는 경향이 있다.<sup>200)</sup><sup>201)</sup>

---

직, 김재형, 위의 책, 318면.) 한중 양국의 이에 대한 규정은 유사하다.

197) 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见.

198) 한세원 교수는 동 규정에서 '등'이라는 표현을 사용한 것은 법률의 규정 또는 그 의미에 대한 착오도 중대한 착오의 범위에 포섭됨을 의미한다고 주장한다. (韩世远, "重大误解解释论纲", 中外法学 2017年 03期, 第675页)

199) 韩世远, "重大误解解释论纲", 中外法学 2017年 03期, 第675页.

200) 陈耀东, 沈明焱, "重大误解制度 '重大'之认定", 学术论坛 2018年 第4期, 第147页.

201) 하지만 이러한 경향에 대한 중국 법원의 해석론은 한국 법원이 참고할 필요가 없다고 보며 더 합리적인 결과를 도출하기 위하여 한국 법원은 앞서 언급한 중국법상의 규정에 의하여 명확하고 합리적인 논증의 과정을 거쳐야 함이 마땅하다고 본다.

사기와 강박에 대하여 1988년 "'중화인민공화국민법통칙'을 관철집행하는 것에 관한 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 의견" 제68조, 제69조에서는 사기란 일방 당사자가 고의로 타방에게 허위의 사실을 고지하거나 고의로 진실을 은폐하여 상대방으로 하여금 착오에 빠지게 하여 상대방이 이러한 착오로 인하여 의사표시를 하게 하는 것을 말하고 강박은 일방 당사자가 장래에 손해를 가하겠다는 것을 예고하거나 또는 직접적으로 손해를 가할 것을 고지하여 상대방으로 하여금 공포에 빠지게 하고, 이로 인하여 의사표시를 하도록 조정하는 것이라고 정하고 있다. 사기, 강박에 의한 의사표시가 국가이익에 손해주었을 경우는 무효이다.<sup>202)</sup> 하지만 동 규정은 사기나 강박행위에 착안점을 둔 것이 아니라 국가이익에 손해주는 행위에 대하여 강조하고자 한 것이고 국가이익에 손해주는 행위는 그것이 사기나 강박으로 이루어 졌는지의 여부와 별도로 그 자체가 무효로 인정되므로 별도로 강조할 필요는 없다.

중대한 불균형에는 중국 계약법에서의 '공평에 현저히 위배되는 경우'와 '궁박'을 포함한다. "민법총칙" 제151조에서는 "일방이 상대방의 궁박상태, 판단능력의 결여 등에 처한 사정을 이용하여 민사법률행위를 성립하게 한 때에 현저하게 공평을 상실한 경우에는 손해를 입은 쪽은 법원이나 중재기관에 취소를 청구할 수 있다." 고 정하고 있다. 이는 기존의 '단일성'의 요건과 달리 주관요건과 객관요건을 결합한 '쌍요건' 주의를 채택한 것이다. 1988년 "'중화인민공화국민법통칙'을 관철 실시함에 있

---

202) 중국 계약법 제52조

다음의 각 호에 해당하는 경우, 계약은 무효이다.

- (1) 일방이 사기, 협박의 수단으로 계약을 체결하여 국가 이익에 손해를 준 경우.
- (2) 약의로 허위표시를 하여 국가, 집단 또는 제3자의 이익에 손해를 준 경우.
- (3) 합법적 형식으로 위법한 목적을 은폐한 경우.
- (4) 사회공공의 이익에 손해를 준 경우.
- (5) 법률, 행정법규의 강행규정에 위반한 경우.

어서의 약간의 문제에 대한 의견" 제72조에서는 '공평에 현저히 위배되는 경우'에 대하여 "당사자일방이 우세 또는 상대방의 무경험을 이용하여 쌍방의 권리, 의무가 공평, 등가유상의 원칙에 현저히 위배되는 경우." 라고 정의하고 있으며 동 의견 제70조에서는 '궁박'에 대하여 "당사자일방이 상대방의 궁박을 이용하여 부당한 이익을 취득하기 위하여 타방이 진실되지 않은 의사표시를 하도록 하여 상대방의 이익에 엄중히 손해주는 경우." 라고 정의하고 있다.

계약은 취소되었을 경우, 법률효력을 가지지 않으며 계약의 취소는 소급효<sup>203)</sup>를 가지는데 계약에서 언급된 재산에 대하여는 부당이득으로 반환하여야 하고 반환불가한 부분에 관하여는 환가하여 반환하여야 하며 손해는 과실이 있는 일방이 부담하여야 하고 쌍방이 모두 과실이 있을 경우, 동 부분의 과실에 대하여 공동으로 부담하여야 한다.<sup>204)</sup>

#### (4) 공서양속의 위반

중국법상의 공서양속은 공공질서와 선량풍속을 의미하는데 이는 현대 사회의 질서와 도덕의 결합일 뿐만 아니라 민사주체가 민사활동의 과정에서 추리해 낸 질서와 도덕에 대한 기대이기도 하다.<sup>205)</sup> 이는 한국 민법 제103조에서 말하는 선량한 풍속 기타 사회질서와 동일한 의미를 가진다. 여기에서의 '선량한 풍속'은 사회의 일반적 도덕관념, 즉 모든 국민에게 지킬 것이 요구되는 최소한도의 도덕을 의미하는 것이고 '사회질

203) 중국 민법총칙 제155조에서는 "무효 또는 취소가능한 민사법률행위는 처음부터 법률 효력을 가지지 않는다."고 정하고 있다.

204) 刘莹, "合同法中重大误解制度之适用分析", 法制博览, 2016.09(下), 第49页.

205) 陈玲, 侯士耀, "《民法总则》视阈下的公序良俗原则的理解与适用". 广西警察学院学报, 2019 年 第32卷 第1期, 第20页.

서' 는 국가, 사회의 공공적 질서 또는 일반적 이익을 뜻하는 것이다.<sup>206)</sup>

이는 한국 국제사법 제10조에서 정하고 있는 공서와는 다른 의미를 가지는데 국제사법에서의 공서는 '국제적 공서'를 의미한다. 따라서 공서양속의 문제는 법률관계의 준거법, 즉 계약의 준거법에 따라야 할 사항이고 동 부분에서는 지정된 준거법이 중국법일 경우의 중국법상의 논의를 하는 것이다.

중국 민법총칙 제153조에서는 공서양속에 위반한 민사법률행위는 무효라고 정하고 있다. 때문에 공서양속의 위반을 이유로 계약의 무효를 주장하려면 어떠한 구체적인 조건을 만족시켜야 하는지, 그러한 조건을 만족시키기만 하면 무조건 민법총칙 제153조에 의하여 무효로 인정될수 있는지의 여부에 대하여 알아볼 필요가 있다.

공서양속과 관련하여 중국 "민법통칙" 제8조에서는 "민사주체는 민사활동에 종사함에 있어서 법률과 공서양속을 위반할 수 없다.", 제10조에서는 "민사분쟁을 처리함에 있어서 법률을 적용하여야 한다. 법률에 규정이 없을 경우 습관을 적용할 수 있으나 공서양속에 위배되어서는 않는다." 고 정하고 있으며 계약법 제7조<sup>207)</sup>, 물권법 제7조<sup>208)</sup>, "중화인민공화국민사소송법"을 적용하는 것에 관한 최고인민법원의 해석<sup>209)</sup> 제106조<sup>210)</sup>, 306조<sup>211)</sup> 제3항에서도 이와 관련된 규정을 두고 있다. "민

206) 박윤직, 김재형, 위의 책, 281면.

207) 중국 계약법 제7조 遵纪守法原则 당사자들은 계약을 체결, 이행함에 있어서 법률, 행정법규를 준수하여야 하며 사회공덕을 존중하고 사회경제질서를 교란시키지 말고 사회공공이익을 손해하지 말아야 한다.

208) 중국 물권법 제7조 물권을 취득하고 행사함에 있어서 사회공덕준수의 원칙 물권의 취득하고 행사함에 있어서 법률을 준수하여야 하고 사회공덕을 준수하여야 하며 사회공공이익과 타인의 합법적인 권익을 침해하지 말아야 한다.

209) 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释

210) "중화인민공화국민사소송법"을 적용하는 것에 관한 최고인민법원의 해석" 제106조 타인의 합법적권익을 엄중하게 침해하였거나 법률의 금지성규정을 위반하였거나 엄중하



법총칙"이 반포되기 전, 중국법에서는 공서양속원칙에 대하여 명확하게 확정하지 않은 상황에서 민사주체가 민사활동에 종사함에 있어서 "사회공덕을 존중하고", "사회경제질서의 교란하거나 사회공공이익에 손해를 주어서는 안된다." 및 "법률 또는 사회공공이익에 위배되는 민사행위는 무효이다." 등의 방식으로 관련된 상황에 대하여 규제하였는데 민사법률이 발전하면서 2014년 11월 1일에 통과된 "'중화인민공화국민법통칙' 제99조 제1항, '중화인민공화국혼인법' 제22조에 관한 해석"<sup>212)</sup>에서 확인되었으며 "민법총칙" 제8조에서 최초로 이에 대하여 규정하였다.

공서양속의 위반 여부를 판단할 때, 객체, 행위내용 및 부가한 조건 등 세 개 면에서 고려하여야 하는바, 행위의 객체가 공공질서 또는 선량한 풍속의 기본요구를 위반한 경우로 도박이나 마약제조를 목적으로 하는 부동산 사용권 또는 소유권의 이전행위 등을 들 수 있고, 민사법률행위의 내용이 동 원칙을 위반한 경우로 과세회피, 인신에 저당권을 설정하는 행위 등을 들 수 있으며, 법률행위에 부가한 조건이 법질서나 도덕이념에 위배됨으로써 조건성립시 공서양속에 위배되는 법률행위가 이루어 질 수 있는 경우에도 공서양속위배의 원칙을 적용하여야 한다. 그 외, 법원은 동 원칙의 적용여부를 판단함에 있어서 행위시의 동기도 고

---

게 공서양속에 위배된 방법으로 형성되거나 획득한 증거는 사안의 사실을 확정하는 근거로 될 수 없다.

211) 최고인민법원 "'중화인민공화국민사소송법'을 적용하는 것에 관한 해석" 제360조 심사를 거쳐 조정합의(调解协议)에 다음과 같은 상황이 있을 경우, 인민법원은 신청의 기각을 재정하여야 한다:

- (1) 법률의 강행규정을 위반하였을 경우.
- (2) 국가이익, 사회공공이익, 타인의 합법적인 권익에 손해주었을 경우.
- (3) 공서양속에 위배되었을 경우.
- (4) 자원의 원칙을 위반하였을 경우.
- (5) 내용이 불명확할 경우.
- (6) 기타 사법확인을 할 수 없는 경우.

212) 关于《中华人民共和国民事诉讼法通则》第九十九条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第二十二  
条的解释.

려하여 정당한 결론을 내려야 한다. 213)

하지만 동 원칙의 적용기준에 대한 명확한 법률규정이 없으므로 법원의 판결을 참조할 필요가 있는데 중국 법원에서는 공서양속의 법리를 원용하여 민법의 각 영역의 사안에 대하여 판시하였다.<sup>214)</sup> 그 중에서도 동 법리가 집중적으로 적용된 것은 민사법률행위의 효력에 대한 판단이다.<sup>215)</sup> 원칙상, 공서양속의 원칙에 위배되는 계약은 무효이고 법원은 공서양속에 위배되는 행위를 지지하지 않으며 소송의 제기 자체가 공서양속에 위배되는 행위임이 명확할 경우 동 당사자의 청구는 기각될 수 밖에 없다.

최고인민법원은 "주홍달, 주홍선 계약분쟁사안 2심민사판결서"<sup>216)</sup>에서 "'합의서'는 당사자들의 진실한 의사표시이고 A와 B는 이미 대금지급 의무를 부분적으로 이행하였다. A, B는 회사의 주주로서 프로젝트의 경영 및 수익상황에 대하여 알고 있고 "합의서"에서 합의한 "위험을 스스로 부담하는" 후과에 대하여 예견하였고 "합의서" 체결시 제1기의 프로젝트는 이미 완성된 상태이므로 영리상황에 대하여도 알고 있었으므로 장모모, 황모모 등이 "합의서"로 인하여 취득한 2.27억원의 이윤은 폭리로서 공서양속에 위반된다는 주장은 근거가 부족하므로 지지하지 않는다." 고 설시하였다.

"신강웅응부동산개발유한회사, 남통사건집단유한회사건설공사시공계약

---

213) 陈玲, 侯士耀, 위의 논문 참조.

214) 예컨대, 일반계약과 혼인, 상속 등 신분관계와 관련된 계약, 유서 등 일방적인 민사행위 및 노동계약등에 대한 효력의 판단 민사법률행위의 효력판단문제와 불법행위를 구성하는지의 여부 등과 같은 불법행위의 판단문제, 물권이나 인신권의 존재여부와 관련된 민사권리의 확정문제 등이 중국 법원에서 거론된 바 있다.

215) 2016년까지의 기준으로 공서양속의 법리가 원용된 판결에서 민사법률행위의 효력에 대하여 판단한 사안이 58.8%를 차지한다.(蔡唱, "公序良俗在我国的司法适用研究", 中国法学, 2016年第6期, 第238页.)

216) 朱泓达、朱泓宣合同纠纷二审民事判决书  
最高人民法院, (2018) 最高法民终1178号, 2018-12-25.

분쟁 2심민사판결서"<sup>217)</sup>에서는 "본 사안은 건설공사시공계약으로서 쌍무계약에 속한다. 즉 일방이 시공하고 일방이 공사대금을 지급하여야 한다. 하지만 1심과 2심에서 사명(查明)한 사실에 근거하면 시공회사가 제1단, 제2단, 제3단의 공사를 완성하였고 건설, 감리(監理), 디자인, 시공, 감사(勘査) 등 5방의 검수(驗收)를 통과하였으며 공사의 결산보고와 결산자료를 제출하였음에도 불구하고 위임회사는 이에 대하여 심사하지도 않았을 뿐만 아니라 공사대금을 지급하지도 않았다. 이행순서가 정해져 있지 않은 쌍무계약에서 자신도 이행하여야만 상대방의 의무이행을 청구할 수 있다. 건설회사의 공사가 완성된 후 위임회사는 대금을 지급하지 않았을 뿐만 아니라 시공회사에 대한 배상금 청구가 타 사안에서 기각되었음에도 불구하고 동 사안에서 건설회사를 상대로 다시 한번 기소한 것은 성실신용, 공서양속위반의 전형적인 사안으로서 법원은 이를 지지하지 않는다." 고 실시하면서 "민법총칙"제7조, 제8조를 근거로 상소인의 청구를 기각하였다.

이로부터 알 수 있는 바와 같이 법원은 계약 상대방이 알고 있었다는 이유를 근거로 공서양속원칙의 적용을 부정하기도 하고 동 원칙을 적용하여 소송행위의 합리성에 대하여 직접적인 판단을 내려 청구를 기각하기도 한다. 하지만 공서양속 원칙의 적용에 대하여는 여전히 통일적인 기준이 없으므로 유사한 사건도 상이한 법원에서 서로 다른 판단을 내린 바가 있다. 또한 공서양속원칙의 적용이 확정되면 그 법률행위는 무조건 무효로 인정되어야 하는지의 여부에 대하여도 여전히 의문이 있으므로<sup>218)</sup> 한국 법원에서 이러한 문제들이 제기된다면 앞서 언급한 기본적

217) 新疆雄鹰房地产开发有限公司、南通四建集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 最高人民法院 (2017) 最高法民终133号 2017-11-30.

218) 예컨대, 휴가의 매매계약의 효력에 대하여 법원은 유효, 무효, 취소가능 등 상이한 판시를 내렸고 사실상 미신을 믿지 않는 당사자들은 정상적인 가격으로 "휴가"를 구매하기를 원하기도 하는데 이러한 법률행위의 효력은 당사자자치의 원칙에 의하여 인정되어

인 기준과 중국 법원의 판결, 및 중국 특유의 문화 등을 종합적으로 고려하여 결론을 내려야 한다.

#### (5) 강행법규의 위반

한국 국제사법 제7조에서는 "입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용하여야 한다." 고 정하고 있다. 여기에서 말하는 강행규정은 일정한 법률관계에서 정해지는 준거법이 어느 국가의 법으로 되는지를 불문하고 그 법규 자신의 적용범위를 독자적으로 정하여 그에 따라 적용되고자 하는 법규, 즉 국제적 강행규정을 의미한다.<sup>219)</sup> 법정지가 한국일 경우, 그 예로 한국의 대외무역법, 외국환거래법, 외국환관리법(대법원 1972.4.20. 선고 72다248 판결), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(대법원 2010.8.26. 선고 2010다28185 판결) 등은 준거법이 외국법으로 지정된다고 하더라도 여전히 적용된다.<sup>220)</sup>

하지만 당사자의 합의에 의하여 적용을 배제할 수 없다는 단순한 의미의 국내적 강행법규는 법정지법이 아닌 법정지의 국제사법이 지정하는 준거법에 따라야 할 것이며 사건의 법률관계의 준거법, 즉 계약의 준거법을 따라야 한다. 따라서 이 부분에서는 계약의 준거법으로 중국법이 지정되었을 경우를 논의하는 것이다.

---

야 한다. (邱煜彤, "浅谈违反公序良俗合同的效力 ——以“凶宅”买卖合同为例", 法制博览, 2017·02(上), 171-172면 참조.)

219) 장준혁, "국제의 강행규범 개념의 요소로서의 저촉법의 강행성", 성균관법학 제19권 2호, 2007, 563면.

220) 김인호, 『국제사법 "국제사법 : 판례와 사례 / 분석과 해설』, 박영사, 2012, 324면.

중국법상 강행법규의 위반은 "민법총칙" 제153조<sup>221)</sup>에서 정하고 있는 법률행위 무효사유의 하나이다. "계약법" 제52조<sup>222)</sup> 제5항에서도 이에 대한 규정을 찾아 볼 수 있는데 동 조항에서는 "법률 또는 행정법규의 강행규정에 위배되는 계약은 무효" 라고 실시하고 있다. 따라서, 1999년 최고인민법원이 반포한 "계약법해석(1)" 은 동 조항에 대하여 "계약의 무효를 확정함에 있어서, 전국인대 및 상무위원회에서 제정한 법률 및 국무원에서 제정한 행정법규를 근거로 하여야 하는바 지방성법규, 행정규장을 근거로 계약의 무효를 판정할 수 없다."<sup>223)</sup>고 정하고 있으며 국채금융위기의 배경하에, 시장거래를 격려하기 위하여 2009년 반포된 "'중화인민공화국계약법'의 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석"<sup>224)</sup> 제14조에서는 "계약법 제52조 제5항에서 규정한 '강행규정'은 효력성 강행규정이다." 라고 정하고 있고<sup>225)</sup> "최고인민법원 목전형세에서 민상사 계약분쟁사안의 심리에 대한 약간의 문제에 관한 지도의견"<sup>226)</sup>에서 "효력성 강행규정에 위배되는 계약은 무효이고 관리성 강행규정에 위배되는 계약에 관하여는 인민법원이 구체적 사항에 근거하여 유효성여부를 판단하여야 한다."고 정하고 있다.

221) 중국 민법총칙 제153조 제1항 법률, 행정법규의 강행규정을 위반한 민사법률행위는 무효이다. 단 이러한 강행규정이 동 민사법률행위의 무효를 초래할 수 없는 경우는 제외한다.

222) 중국 계약법 제52조 계약무효

다음과 같은 경우, 계약은 무효이다: (1) 일방이 사기, 강박의 수단으로 체결한 계약이 국가의 이익에 손상주었을 경우. (2) 악의적으로 협상하여 국가, 집체 또는 제3자의 이익에 손상 주었을 경우. (3) 합법적인 형식으로 비법적인 목적을 덮으려고 하였을 경우. (4) 사회공공이익에 손상주었을 경우. (5) 법률 또는 행정법규의 강행규정에 위배되었을 경우 계약은 처음부터 무효이다.

223) 중국법 法源의 유형에 대하여는 "제4장: 중국법상 재판의 법률의거의 형성"에서 구체적으로 다룬다.

224) 最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)

225) 董万程, 王继君, "'民法总则'中的效力性强制性规定立法问题研究", 法学论坛, 法律适用 2017年 第11期.

226) 最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见

비록 효력성 강행규정과 관리성 강행규정<sup>227)</sup>은 모두 법원의 판단에 따라 계약무효를 초래할 수 있으나 양자를 구분하여 판단하는 것은 실무에서 실익이 있을 수 있는바 예컨대, "공무원법"에서는 공무원이 상업활동을 하는 것을 금지하고 있으나 법원은 이러한 규정은 관리성 강행규정이기 때문에 공무원의 상업활동을 유효한 민사행위로 인정하고 있으므로<sup>228)</sup> 법조항을 어느 유형의 규정으로 분류하는지가 계약의 유효성의 판단에 있어서 아주 중요한 영향을 미칠 수 있다. 하지만 양자의 구분기준에 대하여 중국의 기존 입법상으로는 명확한 결론을 도출할 수 없다.

사법 실무상, 양자의 구분은 대체적으로 아래의 두가지 기준에 의하여 이루어진다. 첫째, 강제성 규정의 입법목적으로부터 볼 때, 만약 관리의 실현을 목적으로 하고, 내용 자체에 대한 규제를 목적으로 하지 않는다면 효력성 강행규정이라고 볼 수 없다. 둘째, 강제성 규정의 규제대상으로부터 볼 때, 효력성 강행규정이 규제하고자 하는 것은 일반적으로 행위의 내용 자체이고 관리성 강행규정이 규제하고자 하는 것은 행위의 자격과 같은 것이다. 하지만 이러한 판단도 절대적인 기준을 도출하는 것이라고 할 수 없으며 계약무효를 판단함에 있어서는 법률이 정하고 있는 기타 요소도 참조하여야 한다.<sup>229)</sup>

이는 한국 민법상의 효력규정과 단속규정에 대응된다. 한국의 다수설

227) 중국의 학계에서는 강제성 규정을 협의의 강제성 규정과 금지성 규정으로 나누고 금지성 규정을 관리성 규정과 효력성 규정으로 나누는 경향이 있었는데 이러한 구분은 실익이 없다고 판단되었고 입법상으로도 이러한 분류방식을 취하고 있지 않다.(王丽华, 杨卓实, "关于《合同法》52条第5款的解读与反思", 法制博览 2019年02月(中), 第23页.) 중국이 강행규정을 관리성 규정과 효력성 규정으로 나누어 구분하고 있는 것은 대만 학자 사상관(史尚宽)이 "강행법"을 강제성 규정과 금지성 규정으로 분류한 것을(李凤伟, 李志珍, "论强制性规定的违反与法律行为的效力判定", 北京工业职业技术学院学报 第17卷 第4期, 第113页.)대륙 학자들이 이에 대하여 강행규정은 관리성 규정과 효력성 규정으로 나눌 수 있으며 후자에 대한 위반을 계약 무효의 직접적인 사유라고 주장하고 있는 것이다.(董万程, 王继君, 同上, 第44页.)

228) 严魁, "违反强制性规定的合同效力探究", 法制与经济 2017年 09期, 第112页.

229) 董万程, 王继君, 同上, 第45页.

과 판례는 그에 위반되는 행위의 사법적 효과가 부정되는 효력규정과 단순한 행정법상의 금지법규인 단속법규를 강행규정에 포함시킨다.<sup>230)</sup> 효력규정은 그에 위반하는 행위의 사법적 효과가 부정되는 것이고 단속규정은 국가가 일정한 행위를 단속할 목적으로 그것을 금지하거나 제한하는데 지나지 않기 때문에 그에 위반된 법률행위를 하더라도 그 행위의 사법상 효력에는 영향이 없다고 한다.<sup>231)</sup> 이는 중국법상의 규정과 일치한다. 또한 중국법과 유사하게 한국법에도 효력규정과 단속규정을 결정하는 일반적인 기준이 없기 때문에, 법률에 위반한 법률행위의 무효는 아직 많은 부분에 있어 모호한 상태에 있다.

#### (6) 계약 일부 조항의 유효성

위에서는 계약 전체의 유효성에 관련된 내용을 언급하였고 이 부분에서는 중국법이 정하고 있는 부분적인 특수 조항의 유효성에 대하여 논의함으로써 계약 전체의 유효성은 부정되지 않았으나 부분적인 조항의 유효성이 법률의 규정에 의하여 부정될 수 있음을 설명한다. 계약내용이 부분적으로 무효인 경우, 만약 기타 부분의 효력에 영향을 주지 않는다면 기타 부분은 여전히 효력을 가진다.

계약의 일부 조항의 유효성 문제에 대하여 중국 계약법 제53조에서는 "계약중 다음과 같은 면책조항은 무효이다: (1) 상대방의 인신상해에 관한 면책조항 (2) 고의 또는 중대한 과실로 상대방의 재산에 대하여 손해를 끼친데 관한 면책조항."이라고 규정하고 있으며 동 법 제57조에서

---

230) 김수정, "효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색", 민사법학 제85호, 5면.

231) 곽윤직, 김재형, 위의 책, 275면.

는 "계약의 무효, 취소 또는 중지(终止)는 계약중 독립적으로 존재하는 분쟁해결조항의 효력에는 영향주지 않는다. "고 규정하고 있다. 즉 중구법이 준거법인 경우, 한중거래계약에서 부분적인 조항이 위에서 언급한 경우에 속한다면 계약 전체의 유효성 여부를 떠나서 동 조항을 무효로 보아야 할 것이고 계약 전체가 무효의 사유에 부합되므로 무효로 인정된다고 하더라도 분쟁해결조항만은 별도로 유효하다고 보아야 한다.

## 2. 물품의 소유권이전

협약 제30조에 따르면 매도인은 계약과 협약에 따라 매수인에게 물품의 소유권을 이전할 의무를 부담하지만, 매매계약이 매매된 물품의 소유권에 관하여 미치는 효력에 대하여는 협약이 적용되지 않는데 협약의 기초자도 복잡다단한 법률충돌속에서 당사자들 사이의 이익관계를 조율할 적절한 규칙을 찾지 못하였고 더 많은 국가들이 협약에 가입하도록 하기 위한 타협이라고 볼 수도 있다.<sup>232)</sup>

따라서 물품의 소유권은 법정지의 국제사법에 따라 결정되는 물권의 준거법에 의하여야 한다. 한국 국제사법 제19조는 이와 관련하여 " 1. 동산 및 부동산에 관한 물권 또는 등기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다. 2. 제1항에 규정된 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 목적물의 소재지법에 의한다."고 정하고 있다. 하지만 동 조항은 한국 국제사법이 특칙을 두고 있는 운송수단(제20조), 이동중의 물건(제22조), 선박(제60조)에는 적용되지 않기 때문에 특칙이 정한 경우에 부합될 경우에는 특수조항을 참조하여야 한다.

---

232) 王子达, "国际货物买卖中的所有权转移研究", 法制与经济, 2018年 第10期, 第124页.



본 논문에서는 협약이 적용되지 않는 선박, 항공기의 매매에 대하여 논의하지 않으므로<sup>233)</sup> 제20조<sup>234)</sup>와 제22조<sup>235)</sup>의 규정은 사실상 고려할 필요가 없게 된다. 따라서, 한국 국제사법 제19조와 제22조의 규정에 따르면 한국 법원에서 물품매매계약에 관한 한중분쟁사례를 재판할 때, 물권의 득실변경과 관련하여 원칙적으로 물품의 소재지법을 적용하여야 하고 그것이 운송중의 물품일 경우, 목적지법을 적용하여야 한다. 때문에, 물품의 소재지가 중국이거나 운송중인 물품의 경우, 목적지가 중국일 경우 중국법이 준거법으로 적용될 것이다.

중국 "민법통칙" 제72조 제2항에서는 "계약 또는 기타 방식으로 취득한 재산의 소유권은 재산의 교부시 이전된다." 고 규정하고 있으며 "물권법" 제23조는 "동산물권의 설립과 이전은 교부시기부터 효력을 발생한다. 단 법률에 상이한 규정이 있는 경우를 제외한다." 고 정하고 있으며 "계약법" 제133조<sup>236)</sup>에서도 이와 유사한 규정을 두고 있다. 따라서 법률에서 상이한 규정을 둔 경우를 제외하고 동산의 소유권이전은 교부를 통하여 이루어 지는 것이 원칙이다. 동산에는 통상의 동산과 특수동산이 있으므로 이를 구분하여 논의한다.

---

233) 협약 제2조에서 정하고 있다.

234) 동 조항에서는 선박과 항공기를 제외하고도 협약이 적용되는 차량의 준거법은 운행허가법에 의한다는 규정을 두고 있는데 이는 사실상 제19조에서의 기본원칙을 적용하는 것과 동일한 결과가 도출될 수 있기 때문에 동 조항 전체를 고려할 필요가 없다고 설치한 것이다.

235) 한국 국제사법 제22조(이동중의 물건) 이동중의 물건에 관한 물권의 득실변경은 그 목적지법에 의한다.

236) 중국 계약법 제133조 목적물의 소유권이전 시간:

목적물의 소유권은 교부시 이전된다. 단 법률에 상이한 규정이 있거나 당사자 사이의 상이한 약정이 있는 경우는 제외한다.

## (1) 보통동산<sup>237)</sup>의 소유권이전

중국법상, 일반적으로 보통동산의 소유권이전은 "교부"<sup>238)</sup>를 통하여 이루어 진다. 중국의 통설은 교부를 "자신이 점유한 물건 또는 소유권증빙을 타인의 점유로 이전하는 것", 즉 간단히 말하면 "점유의 이전" 으로 정의하고 있다.<sup>239)</sup> 교부와 점유는 정적과 동적의 관계이며 점유는 교부의 결과라고 할 수 있다.<sup>240)</sup> 점유는 물품에 대하여 사실상의 통제력을 가지는 상태를 의미한다.<sup>241)</sup> 이러한 통제력이 주관적 요소도 필요한지에 대하여는 논의가 있으나 중국의 통설은 객관적인 점유상태를 요하는 동시에 점유인이 점유의 의사를 가지고 있어야 한다고 본다. 또한, "물권법" 제23조에서 말하고 있는 교부는 관념교부가 아닌 현실교부이다.<sup>242)</sup> 따라서, 통설에 의하면 교부의 시기는 점유의 의사가 있는 상대방이 물품에 대하여 통제력을 가질 때이다.

대다수의 학자들은 동산의 물권의 변동에 있어서 중국은 '형식주의'를 취하고 있다고 주장하며 이는 중국이 자국의 경험과 현황을 기초로 각국의 입법예를 충분히 참조한 사법실천상의 선택이라고 본다. 보통동산의 소유권이전에 대하여 산둥성 고급인민법원은 '청도원홍상방직유한회사소 향윤(요성)임염유한회사만환권확인분쟁사안'<sup>243)</sup>에서 "동산물권의 이전은

---

237) '통상의 동산'을 의미하나 중국 학계에서 이를 '보통동산'이라고 부르기 때문에 논문에서는 이에 따른다.

238) 한국법상의 "인도"와 유사하게 쓰인다.

239) 王利明, 『物权法』, 中国人民大学出版社, 2015, 第82页.

240) 屈茂辉, "动产交付制度研究", 中国法学, 2002年 04期, 第14页.

241) 江平, 『民法学』(第二版), 中国政法大学出版社, 2011, 第275页.

王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 『民法学』(第三版), 法律出版社, 2011, 第448页.

242) 王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 同上, 第275页.

243) 青岛源宏祥纺织有限公司诉港润(聊城)印染有限公司取回权确认纠纷案(山东省高级人民法院 2011年 5月 5日 判决——最高人民法院公报案例)

교부를 공시요건으로 한다. 당사자 사이에서 물권의 이전에 대한 합의는 이루어 졌으나 양도인이 동산을 지속적으로 점유할 것에 관한 점유개정의 합의가 이루어지지 않았을 경우 물권법 제27조에서 정하고 있는 점유개정에 속할 수 없으므로 물권이전의 효과가 발생할 수 없다." 고 실시하고 있으며 최고인민법원은 '강서매업유한책임회사와 평향태홍주광업유한책임회사사이의 분쟁사안'<sup>244)</sup>에서 "동산물권의 이전은 교부를 법정요건으로 한다."고 실시하고 있다. 이로부터 보통동산의 소유권이전여부를 판단함에 있어서 법원은 '의사주의'의 가능성을 명확하게 부인하였음을 알 수 있다.<sup>245)</sup>

협약과 "계약법"은 무형재산의 매매에 대하여 규율하고 있지 않다. 컴퓨터기술의 신속한 발전과 더불어 전자도서나 동영상자료, 게임소프트웨어 등 무형상품을 대상으로 하는 거래가 증가함에 따라 유형물만 규율하는 민법의 이론에 대하여 의문이 있을 수 있으나 중국 "계약법"은 매매의 목적물을 유체물의 소유권으로 제한하므로 무형물의 매매에 관련하여는 관련된 특별법을 적용하여야 한다.<sup>246)</sup> 유형의 매체에 고정되어 있지 않은 무형물품매매에서의 교부에 대하여 '매매계약분쟁의 심리에 관한 최고인민법원의 해석'<sup>247)</sup> 제5조에서는 목적물이 유형의 매체로 교부할 필요가 없는 전자정보제품일 경우, 당사자 사이에 교부방식에 관한 명확한 합의가 없고 계약법 제61조에 의하여도 확정할 수 없을 경우, 매수인이 합의한 전자정보제품 또는 권원증권(权利凭证)을 받았을 경우 교부

244) 江西煤业销售有限责任公司与萍乡太红洲矿业有限责任公司所有权确认纠纷申诉、申请民事裁定书, 最高人民法院 (2016) 最高法民申2933号 2016-12-14

245) 聂卫锋, "动产所有权的交付变动规则", 国家检察官学院学报, 第26卷 第1期, 2018年 1月, 第126页.

246) 李洁, "网络购物合同标的物的风险负担问题探析", 经济问题, 2015年 第6期, 第19页.

247) 매매계약분쟁의 심리에 관한 최고인민법원의 해석(最高人民法院关于审理买卖合同纠纷的解释)은 2012년 3월 31일 최고인민법원심판위원회 제1545차회의에서 통과되었고 2012년 7월 1일부터 시행되었다.

가 완성된 것으로 한다고 규정하고 있다.

## (2) 특수동산의 소유권이전

20세기 60년대 이래, 일부 특수동산, 예컨대 선박이나 차량 등의 가치가 급 성장하였고 심지어 일부 부동산보다 더 높은 가치를 가지게 되면서 재산의 안전과 거래의 질서를 유지하기 위하여 각 국에서는 법률에 특수동산은 등기를 요한다는 규정을 두었으며<sup>248)</sup> 중국 "물권법" 제24조에서도 "등기를 거치지 않은 선박, 항공기 및 기동차 등의 물권의 성립, 변경 및 소멸은 제3자에 대항할 수 없다." 고 정하고 있다.

결론적으로, 특수동산의 소유권의 등기는 교부를 대체하여 물권의 이전요건으로 될 수 없다. 차량과 같은 경우, "중화인민공화국도로교통안전법"<sup>249)</sup> 제8조에서는 "국가는 기동차<sup>250)</sup>(机动车)에 대하여 등기제도를 실시한다. 기동차는公安기관 관리부서의 등기를 거친 후에만 도로에서 통행할 수 있다. 임시적 통행을 요구할 경우, 임시통행증이 있어야 한다." <sup>251)</sup>고 규정하였으나 "공안부 기동차소유권자 문제에 관한 회신(复函)" <sup>252)</sup>에서 "공안기관의 기동차 등기는 도로에서 통행할 수 있는지의 여부를 가리기 위한 등기이지 기동차소유권등기가 아니다. 공안기관에서

---

248) 吴亚男, "'物权法'"的实施对船舶所有权的影响", 珠江水运, 2009年 05期, 第45页.

249) 中华人民共和国道路交通安全法.

250) 도로교통안전법 제119조에서는 '기동차'의 함의에 대하여 정하고 있다.

"道路交通安全法" 第一百一十九条规定的机动车的含义:

"机动车", 是指以动力装置驱动或者牵引, 上道路行驶的供人员乘用或者用于运送物品以及进行工程专项作业的轮式车辆。

251) 제8조 국가는 기동차에 대하여 등기제도를 실시한다.公安기관 교통관리부문의 등기를 마친후 기동차는 도로에서 주행할 수 있다. 임시적 주행이 필요될 경우, 임시통행증빙을 취득하여야 한다.

252) 公安部关于确定机动车所有权人问题的复函.

등기한 차주(车主)를 차량 소유권을 판단함에 있어서의 의거로 삼을 수 없다."고 실시하면서 등기와 소유권이전은 아무런 관련이 없음을 명시하고 있다.

법원의 해석론 또한 마찬가지이다. 등기되지는 않았으나 교부된 것이 확정된 차량의 소유권이전 여부에 관하여 최고인민법원은 "후귀명, 이명국 연변상안자동차화물운송센터운송계약분쟁"<sup>253)</sup> 사안에서 "등기는 특수동산 소유권이전의 발효요건이 아니다. 특수동산이 교부되었으면 등기의 절차를 거치지 않았다고 하더라도 소유권이 이전된 것으로 본다."라고 실시하면서 등기가 되지 않은 특수동산에 대하여도 교부에 의한 소유권의 이전을 인정하였다.<sup>254)</sup>

### 3. 소멸시효

협약은 소멸시효에 관한 규정을 두고 있지 않다. 국제적 차원에서 시효문제가 국가별로 아주 큰 차이를 보이고 있는 현황에서 유엔국제거래법위원회는 1974년 뉴욕에서 "국제물품매매에서의 시효기간에 관한 협약"(The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)을 채택하였고 "국제물품매매계약에 관한 UN 협약"과

---

253) 吉林省高级人民法院, (2016)吉民终114号.

254) 협약은 선박 또는 항공기의 매매에는 적용되지 않으므로 본문에서는 이에 대하여 다루지 않는다. 하지만 중국 물권법 제24조에서는 선박, 항공기의 물권을 차량과 동시에 다루고 있으므로 동 조항을 해석하여 차량에 적용함에 있어서 선박의 소유권이전과 관련된 판례를 참조하는 것도 가치가 있다고 본다. 앞서 언급한 판례는 교부가 되었으나 등기를 마치지 않은 차량의 소유권이전을 긍정한 것이었다면 등기가 되었으나 교부를 마치지 않은 선박의 소유권이전 여부에 관하여 최고인민법원은 "형수중직부동산 개발회사와 천진창치부동산매매유한회사의 매매계약분쟁"사안(最高人民法院(2013)民申字第2256号)에서 법원은 이에 대하여 부정하면서 등기를 소유권이전의 요건으로 보지 않았다.

조화를 이루기 위한 목적으로 1980년 "국제물품매매에서의 시효기간에 관한 협약을 개정하는 의정서"(Protocol amending the Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods)를 체결하여 전자를 개정하였다.<sup>255)</sup> 하지만 중국<sup>256)</sup>과 한국 모두 이에 가입하지 않았다. 때문에 시효협약은 한중물품매매계약 분쟁에 적용되지 않을 것이므로 이 쟁점에 대하여 법정지법인 한국법을 적용할지 아니면 법정지의 국제사법에 의하여 지정된 준거법을 적용할 것인지가 문제된다. 이는 우선 한국 법원이 이를 어떻게 이해하느냐에 달려 있다.<sup>257)</sup>

한국은 소멸시효를 실체의 문제<sup>258)</sup>로 보므로 매매계약에 따른 각종 권리의 소멸시효 내지 제척기간은 한국 국제사법에 따라 결정되는 매매계약의 가정적 준거법에 의하여 결정된다. 때문에 한국 법원에서 소멸시효에 관한 쟁점이 제기되었을 경우, 법정지의 국제사법 즉 한국 국제사법 제26조에 의하여 계약과 가장 밀접한 국가의 법을 준거법으로 지정하여야 하는바, 계약 체결지나 양도인의 의무이행이 등이 중국일 경우 중국법을 보충적용하여야 할 수 있으므로 소송시효<sup>259)</sup>에 관한 중국 실

255) 이해일, "국제물품매매에서의 소멸시효에 관한 협약", 연세법학연구, 1997, 제4기 제1호, 416면.

256) 중국 학계에서 이에 대한 논의는 거의 찾아 볼 수 없고 중국이 이에 가입하지 않은 이유에 대한 논의도 없다. 중국이 동 협약을 비준하는 것은 의미가 있다고 주장하는 논문(宋航, 赵健, "《国际货物销售时效期限公约》评介——兼论我国批准该公约的可行性", 国际贸易问题, 1994年 06期, 第52页.)이 하나 있긴 하지만 논문에서는 협약과 중국법에서의 시효규정에 대하여 비교한 후 협약은 보편성을 띤 국제조약이므로 세계화의 발전 추세에 발맞추기 위하여 가입해야 한다고만 실시하고 있으므로 이는 설득력이 없다고 본다.

257) 최흥섭, "국제물품매매에 관한 유엔 시효협약", 비교사법 제7권 제2호, 2000, 863면.

258) 중국도 "민법총칙"에 소송시효에 관한 규정을 두고 있으므로 실체법으로 보는 입장이 다.

259) 소송시효는 소멸시효중의 하나로서 권리인이 권리를 행사하지 않은 사실상태, 즉 법정기한의 도과로 인하여 권리인의 법원에 의무인의 의무이행을 강요할 것을 청구할 수 있는 권한이 소멸되는 시효제도이다.(苏颖霞, "货物品质异议期限与诉讼时效的法律辨析——兼评《联合国国际货物买卖合同公约》第 39、44 条", 西北大学学报(哲学社会科学版), 2004年 5月, 第34卷 第3期, 57页.) 중국법은 소멸시효중 소송시효에 관한 규정만 두고 있다. 중국법상으로도 소멸시효와 제척기간은 구분된다. 제척기간은 불변기간이라

질법적 규정에 대하여 알아 볼 필요가 있다.

#### (1) 소송시효<sup>260)</sup>의 기산점과 기한

중국 계약법 제129조에서는 "국제물품매매계약과 기술수출입 계약 분쟁으로 인하여 소송을 제기하거나 중재를 신청하는 기한은 4년이며 당사자가 알게 되거나 또는 마땅히 그 권리가 침해된 사실을 알게 된 날로부터 계산한다. 기타 계약의 분쟁으로 인하여 소송을 제기하거나 중재를 신청하는 기한은 유관 법률의 규정에 의거한다." 고 정하고 있다. 국제물품매매계약은 그 이행기간이 장시간 소요되고, 거래금액이 거액이기 때문에 거래 당사자의 권리를 보호하기 위해 시효를 연장하여 규정한 것이다.<sup>261)</sup> 따라서 국제물품계약일 경우, 소송시효의 기산점과 기간에 대하여 동 조항의 규정을 따르면 된다.

계약법의 이러한 특수 규정이 "민법총칙"에서 정하고 있는 소송시효와 관련된 일반적 규정과 어떤 차이점이 있는지에 대하여 간단히 언급하자면, '민법총칙' 제188조<sup>262)</sup>의 규정에 따르면 소송시효의 기간은 권리인이 권리인의 권리가 침해당했음을 알았거나 알았어야 할 때부터 3년이며 "민법통칙" 제135조, 제136조, 제137조에서는 소송시효를 보통소송

---

고도 하며 제척기간이 만료된 후 권리는 소멸한다.(顾永景, "论诉讼时效的司法适用", 盐城师范学院学报, 第23卷 第3期, 16页)

260) 여기에서부터 '소멸시효'가 아닌 '소송시효'로 논의한 것은 중국법의 원문을 존중하기 위함이다.

261) 李揆哲, 『(註釋實務)中國契約法 總覽』, 아진, 2006, 146면.

262) 중국 민법총칙 제188조 인민법원에 청구하여 민사권리를 보호할 수 있는 소송시효의 기간은 3년이다. 단 법률에 상이한 규정이 있는 경우는 제외한다. 소송시효의 기간은 권리인의 권리가 침해당했음을 알았거나 알았어야 할 때부터 계산되어야 한다. 법률에 상이한 규정이 있을 경우, 그 규정을 따라야 한다. 단 권리의 침해일로부터 20년이 지났을 경우, 인민법원은 보호하지 않는다. 특수한 상황이 있을 경우, 인민법원은 권리인의 신청에 의하여 연장 여부를 결정할 수 있다.

시효, 단기소송시효, 장기소송시효로 나누어 각각 2년, 1년, 20년으로 정하고 있으며 소송시효의 기산점을 '권리가 침해된 것을 알았거나 알았어야 할 때' 로 정하고 있다. 비록 "민법총칙"은 2017년 10월 1일부터 정식으로 실시되었지만 "민법통칙"도 여전히 실효되지 않았으므로 양자의 조율이 필요한데 이와 관련하여는 2018년 7월 19일 최고인민법원에서 반포한 "'중화인민공화국민법총칙'소송시효제도를 적용하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 해석"<sup>263)</sup>에서의 방침을 참조하면 된다.

구체적인 사안에서, 협약 제39조의 규정, 즉 물품이 매수인에게 현실로 교부된 날로부터 늦어도 2년 내에 매도인에게 물품 부적합의 통지를 하지 않은 경우, 부적합을 주장할 권리를 상실한다는 제척기간에 관한 규정과 계약법에서 정하고 있는 국제물품매매계약의 4년 소송시효의 규정 사이에 충돌이 생길 수 있다. 광주시 중급인민법원은 매수인인 원고 보더리주식유한회사(미국)와 매도인인 피고 중국전자수출입광동회사(중국)의 생강매매계약분쟁사안에서 이 점에 대하여 판시한 바 있다. 동 사안에서 법원은 우선 원고와 피고가 분쟁해결에서 적용할 준거법에 대하여 합의하지 않았으므로 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법을 적용하는 원칙에 의하여 피고 주소지이자 계약 이행지인 중국법을 적용하기로 하고 원고와 피고 모두 협약의 체결국이고 협약 제2조, 제3조에 따른 적용배제의 사유가 없으므로 민법통칙 제142조 제2항의 규정에 따라<sup>264)</sup> 협약을 우선 적용한다고 보았으며 원고의 중국 계약법 소송시효의 규정

263) 关于适用《中华人民共和国民事诉讼法总则》诉讼时效制度若干问题的解释. 2018년 7월 2일 최고인민법원심판위원회 제1744차회의에서 통과되었으며 2018년 7월 23일부터 시행되었다.

264) 중국 민법통칙 제142조 제2항은 중화인민공화국이 체결 또는 참가한 국제조약과 중화인민공화국의 민사법률의 규정이 상이할 경우 국제조약의 규정을 우선 적용한다는 규정을 두고 있다. 하지만 동 조항을 협약을 적용하는 근거의 하나로 우선적용했다는 점은 합리적이지 않다고 본다. 그러나 이 문제는 동 부분의 주제와 무관하므로 협약을 적용했다는 것에 중점을 두어 논의한다.



에 따라 물품 부적합 청구권을 가진다는 주장은 근거가 없다고 설시하면서 피고의 항변에 따라 협약 제39조의 규정을 적용하여 원고의 대금반환 및 손해배상 청구권은 협약이 정한 2년의 이의기간을 도과하였으므로 소멸한다고 판시하였다.<sup>265)</sup>

때문에 협약이 적용되는 이상, 협약이 정하고 있는 2년 제척기간내에 매수인은 물품부적합에 기하여 매도인에 대하여 물품의 부적합을 주장할 권리를 가지며 2년동안 그 권리를 행사하지 않았을 경우 그 권리는 소멸된 것으로 보아야 한다. 이와 반대로 만약 이 기간동안 권리를 행사하였다면 이 때 매수인의 권리는 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 준거법이 정한 소멸시효에 따른다.<sup>266)</sup> 즉 지정된 준거법이 중국법일 경우 앞서 말한 중국 계약법에서 정하고 있는 4년 소송시효기간에 따르는 것이다.

## (2) 소송시효의 정지와 중단

소멸시효의 정지<sup>267)</sup>를 정하고 있는 중국 "민법총칙" 제194조에서는 "소멸시효기간의 최후 6개월 내에 다음 각 호의 장애로 인하여 청구권을 행사할 수 없는 경우에 소멸시효는 정지 한다: 1. 불가항력 2. 민사행위 무능력자나 민사제한행위능력자에게 법정대리인이 없거나 법정대리인의 사망, 행위능력의 상실, 대리권의 상실이 있는 경우 3. 상속개시 후에 상속인이나 상속재산관리인이 확정되지 않은 경우 4. 권리자가 의무자나

---

265) 赵爱玲, "如何避免国际货物买卖合同纠纷?", 中国对外贸易, 2008年 10期, 第69页.

266) 석광현, 위의 책, 159면.

267) 중국법상 이와 대응되는 개념은 중지(中止)인데 논문에서는 한국법의 표현방식에 따라 정지라고 쓴다.

기타의 사람에 의하여 통제된 경우 5. 기타 권리자가 청구권을 행사할 수 없게 한 장애. 시효정지의 원인이 만료된 날로부터 6개월 후 소멸시효기간은 만료한다." 고 정하고 있다.

중국 "민법통칙" 제139조에서도 이와 유사한 규정을 두고 있는데 소송시효 정지사유에 관련하여는 "불가항력 및 기타 장애로 인하여" 라고 정하고 있으므로 "민법총칙"의 규정과 동일하다고 볼 수 있으나 소송시간의 계산과 관련하여 "시효정지의 사유가 제거된 후 계속하여 소송시효기간을 계산한다." 고 정하고 있는 점은 "민법총칙"의 규정과 상이하다.

"중화인민공화국민법총칙'소송시효제도를 적용하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 해석" 제4조에서는 "민법총칙의 시행일에 정지의 원인이 제거되지 않았을 경우, 민법총칙의 소송정지의 규정을 적용하여야 한다." 고 정하여 양자사이의 관계를 조율하고 있다.<sup>268)</sup> 즉 '민법총칙의 실행일' 인 2017년 10월 1일을 기준으로 정지의 원인이 제거되었는지에 대하여 판단을 내림으로써 어느 법에서 정하고 있는 소송시효 기간을 적용하겠는지에 대하여 결정하여야 한다.

소송시효의 중단(中断)을 정하고 있는 "민법총칙" 제195조에서는 "다음 각 호의 사정이 하나가 있는 경우에 소멸시효는 중단되고, 관련 절차의 종료한 때로부터 소멸시효기간은 다시 기산된다. 1. 권리자가 의무에 대하여 한 이행청구 2. 의무자가 한 의무이행의 동의 3. 권리자의 소송의 제기 또는 중재의 사실 4. 소송제기나 중재신청과 동일한 효력이 있는 기타 사정" 이라고 정하고 있다. "민법통칙" 제140조에서도 이와 모순되지 않는 유사한 규정을 두고 있다.

---

268) 王丹丹, "民事诉讼的诉讼时效如何适用", 上海法治报/2018 年/9 月/3 日/第 B07 版.

### (3) 소송시효 완성의 효과

한국의 민법은 소멸시효 완성의 효과에 관하여 단지 "채권 또는 재산권은 소멸시효가 완성한다." 고 규정하고 있으므로 시효완성의 효과로서 권리가 실체법적으로 소멸하는 것인지 아니면 상대방에게 항변권이 발생하는 것인지에 관하여는 이론에 맡겨져 있다.<sup>269)</sup> 학설은 '절대적 소멸설'과 '상대적 소멸설'로 나뉘는데 소멸시효의 완성이 권리가 당연히 소멸한다고 해석하는 '절대적 소멸설'이 다수설이며<sup>270)</sup> 대법원의 판례<sup>271)</sup>도 절대적 소멸시효설을 따르고 있다.

중국의 학설계에서는 소송시효 완성의 효과와 관련하여 첫째, 시효기간이 만료되면 권리인의 실체적 권리가 당연히 소멸된다고 주장하는 '실체권소멸주의'<sup>272)</sup>, 소송시효 완성 후, 실체권은 여전히 존재하나 소권이 소멸한다고 주장하는 '소권소멸주의', 소송시효의 완성은 항변권이 발생하는 결과만 가져올 뿐 실체권이나 소권은 소멸하지 않는다고 주장하는 '항변권발생주의', 소송시효가 완성된 후 승소권이 소멸된다고 주장하는 '승소권소멸주의'<sup>273)</sup> 등 이론이 있다고 소개한다.<sup>274)</sup>

269) 이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2009, 774면.

270) 곽윤직, 김재형, 위의 책, 448면.

이은영, 위의 책, 778면.

김주수, 김상용, 『민법총칙』, 삼영사, 2011, 522면.

김민중, 『민법총칙』, 법영사, 2014, 553면.

271) 대판 1966. 1. 31, 65다2445; 대판 1978. 10. 10, 78다910. (곽윤직, 김재형, 위의 책, 447면.)

272) 한국의 다수설인 '절대적 소멸설'에 가깝다.

273) 이러한 분류는 "인민법원에 민사권리의 보호를 청구할 수 있는 소송시효기간은 2년이다."고 정하고 있는 중국 "민법통칙" 제135조의 이해에서 비롯된 것이라고 한다. (江平, 『民法学』, 中国政法大学出版社, 2011, 第216页) 즉 소송시효기간이 도과하면 법원의 보호를 받을 수 없다는 의미에서 승소가능성이 없다고 하는 것이다. 그리고 구소련의 법학자 顾尔维奇的 이론에 따른 것이라고도 하는데 顾尔维奇는 소권을 절차상의 '기소권'과 실체상의 '승소권'으로 나누고 승소권의 소멸은 실체적권리 자체의 소멸을 의미하는 것은 아니라고 했다고 한다.(王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 同上, 第157页) 비록 교재

중국은 한국과 달리 명확한 법규정을 두어 '항변권 발생주의'를 취하고 있는데<sup>275)</sup> 이는 한국 민법의 '상대적 소멸설'에 가깝다. 중국 민법총칙 제192조는 이와 관련하여 "1. 소송시효기간이 만료한 경우에 의무자는 의무를 이행하지 않겠다는 항변을 할 수 있다. 2. 소송시효기간의 만료 후에도 의무자가 이행에 동의한 경우에는 소송시효기간의 만료로 항변할 수 없다. 의무자가 이미 임의로 이행한 경우에는 반환을 청구할 수 없다."고 정하고 있다. 따라서, 중국법상 소송시효가 만료된 후 의무인은 권리의 이행을 거절할 수 있는 항변권을 가지지만 권리인의 실제적 권리는 소멸하지 않는다.<sup>276)</sup> 또한, "민법총칙" 제193조, "소송시효제도를 적용하여 민사사건을 심리함에 있어서의 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 규정" 제3조에서도 명확한 규정을 두고 있듯이 법원은 당사자들의 원용이 없는 한, 직권으로 소멸시효를 고려할 수 없다.<sup>277)</sup>

중국법상 소송시효항변을 제기하면 채무자의 채무는 자연채무로 전환된다. 중국법상의 자연채무란 책임이 없는 채무를 가리키는데 채권자는 법원에 강제이행을 청구할 수 없으나 채무자가 이미 이행하였다면 채무자는 반환을 청구할 수 없는 채무를 의미한다.<sup>278)</sup> 그러나 "채무자가 임

---

에서는 동 학설에 대하여 소개하고 있지만 江平교수는 실무상 승소권이 없는 당사자들은 기소권이 있다고 하여 승산이 없음을 알면서도 법원에 소송할 이유가 없기 때문에 동 학설은 합리적이지 않다고 말한다.(江平, 同上, 第216页.)

274) 江平, 同上, 第216页.

王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 同上, 第157页,

李永军, 『民法总则』, 中国法制出版社, 2015, 第877页.

275) 郑玉波, 『民法总则』, 中国政法大学出版社, 2003, 第537页.

江平, 同上, 第216页.

王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 同上, 第157页,

李永军, 『民法总则』, 中国法制出版社, 2015, 第878页.

276) 王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 同上, 第157页.

277) 郭明龙, "诉讼时效已满应由债务人提出法院不应主动援引", 天津日报 2017 年/9 月/8 日/第 019 版, 刘宏成 冯燕萍, "论诉讼时效适用的主动性", 2010年 8 月 (上), 第266页.

278) 이는 史尚宽이 자연채무에 대한 정의를 따른 것이다. 그 외, 王泽鉴, 张民安도 이에 대한 정의를 내린 바 있는데 용어의 표현은 다르지만 실질상에서는 동일한 입장을 취하고 있다.(张振龙, "浅论自然债务", 法制博览 2015年 19期, 第66页 참조.)

의로 이행한 경우 채권자가 유효한 변제로 수령, 보유할 수 있으나, 채무자가 임의로 이행하지 않는 경우 채권자가 소를 제기하거나 강제집행을 할 수 없는 채무", 즉 소구력을 결한 채무<sup>279)</sup>로 정의되는 한국법상의 자연채무와는 상이하다. 중국법상으로는 소송시효 완성후에도 채권자의 소권은 소멸되지 않은 것으로 간주되므로 채권자는 법원에 소를 제기할 수 있고 법원은 이를 수리하여야 하기 때문이다.

중국법상 채무자가 소멸시효 완성후에 변제하였다고 하더라도 유효한 변제가 될 수 있다. 이와 관련하여 "민법통칙" 제138조는 "소송시효를 도과하였으나 당사자가 임의로 이행할 경우, 이는 소송시효의 제한을 받지 않는다."고 정하고 있고 "민법통칙의견" 제171조는 "소송시효기간을 도과한 후 채무자가 의무를 이행하였을 경우, 채무자가 소송시효를 이유로 반환받을 것을 요구하였다면 법원은 이를 지지하지 않는다."고 규정하고 있다.

#### 4. 상계

협약을 정면으로 다룬 한국 최초의 판결인 서울동부지방법원 2007.1.16. 선고 2006가합6384 판결은 매도인인 원고(중국기업)가 매수인인 피고(한국기업)를 상대로 미지급 매매대금과 지연손해금의 지급을 구한 사건이다. 사건의 1심 법원에서는 준거법에 관하여 언급하지 않은 채 한국법에 의하여 결론을 도출하였고 2심 법원<sup>280)</sup>에서는 이 사건 매매계약의 준거법은 국제사법 제26조<sup>281)</sup>에 의하여 중국법이므로 상계의 준거

---

279) 서순택, "우리 民法上 自然債務論의 再檢討", 민사법의 이론과 실무, 2008년 제12권 제11호, 76면.

280) 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857판결.

법도 중국법이라고 보고, 중국 계약법상 상계에 해당하는 '저소'(抵銷)의 법리에 따라 피고의 손해배상채권과 원고의 대금채권은 상계적상에 있었으므로 원고의 채권은 피고의 상계의 의사표시에 의하여 상계적상일에 소급하여 소멸하였다고 판단하였다.

이로부터 알 수 있다싶이 한국 법원은 상계의 문제를 협약의 외적 흠결로 보았다. 그러나 독일의 유력설은 양 당사자의 채권이 협약에 따르는 매매계약으로부터 발생하는 경우 준거법의 매개를 거치지 않고 협약에 내재하는 메커니즘에 따라 상계할 수 있다고 본다. 하지만 이러한 메커니즘에 따라 채권의 변제기가 도래한 대립되는 채권을 가지는 당사자 중의 일방이 상계의 의사표시를 하는 때에 대등액의 범위내에서 채권이 소멸된다고 주장할 수는 있으나 이러한 주장을 떠나 상계의 효과 등 상계와 관련된 구체적인 문제는 어느 법에 따라 판단하는 지는 분명하지 않다. 때문에 이러한 문제는 결국 법정지의 국제사법이 지정하는 준거법에 따를 사항<sup>282)</sup>이고 또한 앞서 말한 사안에서도 중국법에 의하여 상계의 문제를 판단하였으므로 중국법상 저소라고 하는 상계의 법리에 대하

281) 한국 국제사법 제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다. ② 당사자가 계약에 따라 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 이행을 행하여야 하는 경우에는 계약체결 당시 그의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 다만, 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 1. 양도계약의 경우에는 양도인의 이행 2. 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행 3. 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행 ③ 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약의 경우에는 부동산이 소재하는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.

282) 독일의 유력설인 협약의 메커니즘에 근거한 상계적상 여부의 판단은 합리적이라고 본다. 때문에 상계의 문제를 준거법에 의하여 규율하고 동 준거법의 규정에 의하면 채권이 상계적상에 놓이지 않으나 협약에 따르면 상계적상에 놓인다고 판단될 경우, 법원은 그래도 상계의 효과를 인정하는 것이 합리적이라고 생각한다. 다만 준거법에 의하면 상계적상에 놓이지 않는다고 판단되었으나 협약에 근거하여 상계가능하다고 판단하고 상계의 효과에 대하여는 준거법의 규정을 따른다는 것도 모순점이 상당히 크므로 의문이 있다.

여도 정리해 볼 필요가 있다.

#### (1) 抵銷<sup>283)</sup>의 적용요건과 효과

중국 계약법은 저소를 법정저소(法定抵銷)와 약정저소(約定抵銷)로 나누어서 규정하고 있다. 법정저소에 대하여 중국 계약법 제99조에서는 채무의 저소 및 행사라는 제목으로 다음과 같은 규정을 두고 있다: "당사자들이 서로 변제기가 도래한 채무를 부담하고 있고 동 채무의 목적물의 종류, 품질이 동일할 경우 각 당사자는 자신의 채무와 상대방의 채무를 저소할 것을 요구할 있다. 단, 법률의 규정 또는 계약의 성질에 의하여 저소불가능한 경우는 제외한다. 당사자가 저소를 주장할 경우 상대방에게 통지하여야 한다. 효력은 통지가 상대방에 도착한 때에 발생한다. 저소는 조건이나 기한을 붙이지 못한다." 즉 당사자 일방의 의사표시만 있으면 상계의 효과가 발생할 수 있는 경우인데 당사자들이 가지고 있던 채권이 대등액의 범위내에서 소멸하는 법률효과를 가져온다.

중국법상, 법정 저소권을 행사하는 당사자를 '저소인' 이라고 하고 그가 가지고 있는 채권을 '주동채권'이라고 하며 다른 일방의 당사자는 '피저소인' 이라고 하고 그가 가지고 있는 채권은 '피동채권' 이라고 부른다.<sup>284)</sup> 약정저소에 대하여 계약법 제100조에서는 "당사자들이 서로 채무를 부담할 경우, 목적물의 종류, 품질이 상이하다고 하더라도 당사자 사이의 합의가 있다면 저소가능하다." 고 규정한다.

중국 계약법상<sup>285)</sup><sup>286)</sup> 저소적상(抵銷适状)에 놓이려면 다음과 같은

---

283) 한국법상의 상계와 동일한 의미이지만 중국법의 원문을 존중하는 의미에서 抵銷라고 쓴다.

284) 한국법상의 자동채권, 수동채권과 대응되는 것이다.

요건을 만족시켜야 한다. 1. 당사자들이 보유하고 있는 주동채권과 피동채권은 합법적이고 유효한 것이어야 한다. 2. 두 채권은 대립성을 가져야 한다. 즉 주동채권의 채권자는 피동채권의 채무자여야 하고 피동채권의 채권자는 주동채권의 채무자여야 하며 이러한 대립성은 법정 저소권의 성립시 이미 존재하는 것이어야 한다. 3. 쌍방 채무의 목적물의 종류와 품질이 동일해야 한다. 4. 주동채권의 변제기가 이미 도래하여야 한다.

이와 달리 아래의 경우, 채무는 저소불가하다.<sup>287)</sup> 1. 대위권소송에서 승소한 후, 채무자와 제3채무자<sup>288)</sup>에 발생한 새로운 채무 또는 만기채무와 사전에 양자 사이에서 발생한 채무. <sup>289)</sup> 2. 강제집행이 금지된 채무, 즉 채무자 및 가족의 생존에 있어서의 필수품과 관련된 채무인데 예컨대 구휼금, 퇴직금 등을 목적물로 하는 채무.<sup>290)</sup> 3. 사법기관에 의하여 합법적으로 압류된 채무.<sup>291)</sup> 4. 고의 또는 중대한 과실의 불법행위로

285) 여기에서 말하는 저소권은 기업파산법에서 정하고 있는 저소와는 상이한데 중국 "기업파산법"의 규정에 따르면 기업파산저소권중, 채권의 유형과 기한만료의 여부에 불문하고 모두 저소할 수 있다.

286) 계약법 제99조에서 정하고 있다.

287) 중국법상 상계불가한 채무에 대하여 법률상 체계적인 규정은 두고 있지 않지만 다음과 같은 몇가지의 경우는 보편적으로 인정되고 있다.

288) 중국법에서는 이를 차채무자(次债务人)라고 한다.

289) "최고인민법원 '중화인민공화국 계약법'의 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석 1" (最高人民法院关于适用'中华人民共和国合同法'若干问题的解释(一)) 제20조는 "채권자가 제3채무자를 상대로 제기한 대위소송이 인민법원의 심리를 거쳐 대위권이 인정되었다면 채무자와 제3채무자사이의 상응한 채무는 소멸된다."고 규정하고 있다. 만약 제3채무자가 승소후 채무자에게 만기채무를 저소할 것을 요구한다면 실질상 제3채무자가 채권자가 아닌 채무자에게 채무를 이행하는 것이 된다. 동시에, 만약 이러한 저소를 허용한다면 채무자와 제3채무자가 악의적으로 합의하여 채권자의 이익을 해할 수 있으므로 금지하여야 한다.

290) 한국 민법 제497조(압류금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지): 채권이 압류되지 못할 것인 때에는 그 채무자는 상계로 채권자에게 대항하지 못한다."의 법리와 유사하다.

291) 한국 민법 제498조(지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지) 지급을 금지하는 명령을 받은 제삼채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다.



인한 채무.<sup>292)</sup> 그 외, 계약 당사자들이 계약자유의 원칙에 의하여 계약 체결시 또는 사후에 보충합의를 하는 형식으로 법정저소가 불가하다는 약정을 하였을 경우, 이 약정이 합법적이고 유효하기만 하다면 당사자들의 법정 저소권을 배제할 수 있다.<sup>293)</sup> 비록 규정의 형식은 상이하나 상계의 적극적 요건에 있어서의 중국법의 규정은 본질적으로 한국 민법<sup>294)</sup>에서의 규정과 동일하다.

저소가 이루어지면 채권은 그 대등액의 범위내에서 소멸하고 소송시효가 중단되는 효과를 가져올 수 있다.<sup>295)</sup> 채무소멸의 효과는 거래의 절차 및 원가를 최소화할 수 있고 또한 도산절차에서의 채권자에게 유익한바 채무자의 자산으로 채무상환이 불가할 경우<sup>296)</sup> 또는 채무자의 파산 선고후 법정저소권을 행사하여 기타 채권자보다 우월한 지위에 놓일 수 있으며 소송 또는 강제집행절차를 제기할 필요가 없다.<sup>297)</sup> 소송시효에 대하여 "민법통칙" 제140조와 "민법총칙" 제195조에서는 당사자 일방이 이행의 청구를 하였을 경우, 소송시효가 중단한다고 정하고 있다. 저소 청구는 권리의 행사이므로 청구권의 행사와 동등하게 보아야 한다. 따라서, 저소가 이루어 졌을 경우, 중단되었던 채권의 시효는 다시 기산되어야 한다.<sup>298)</sup>

292) 孙振, "债的法定抵销权问题研究", 法制博览 2018年 03月(下), 第199页.

293) 桑骊, "我国合同法的法定抵销权制度", 产业与科技论坛 2012年 第11卷 第8期.

294) 한국 민법 제492조(상계의 요건) ①쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에는 각 채무자는 대등액에 관하여 상계할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 상계를 허용하지 아니할 때에는 그러하지 아니하다. ②전항의 규정은 당사자가 다른 의사를 표시한 경우에는 적용하지 아니한다. 그러나 그 의사표시로써 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다.

295) 桑骊, 同上, 第101页.

296) 파산절차 수리 전을 말한다. 중국 "기업파산법" 제40조에서는 채권자는 채무자의 파산신청이 법원에 의해 수리되기 전 관리인에게 저소를 주장할 수 있다고 정하고 있다.

297) 孙振, 同上, 第199页.

298) 张俊浩 主编, 『民法学原理』(修订第三版, 下册), 中国政法大学出版社, 2000, 第718页.

중국법상 소송시효가 완성된 채권이라고 하더라도 상계의 요건을 만족시키면 상계가 가능하다. 비록 소송시효를 도과한 채권은 자연채권으로서 법률의 보호를 받지 않지만 이는 소송절차에서의 의미일 뿐이므로 당사자가 소송시효에 관한 항변을 제기하지 않았다면 법원이 주동적으로 동법리를 원용할 수 없다. 즉 소송시효는 법적절차에서 채무자의 항변권의 일종이지 채권의 강행규정이 아니다. 저소권은 실채권으로서 소송절차와 직접적인 관련이 없으므로 채권자가 자신의 권리에 의하여 채권을 실현하였다면 그것의 소송시효가 만료되었다고 해도 상계의 효력은 인정되어야 한다.<sup>299)</sup>

## (2) 抵銷의 소급효

저소의 효력발생시점에 관하여 중국법은 한국 민법<sup>300)</sup>과 달리 명확한 규정을 두고 있지 않지만 판례 및 통설<sup>301)</sup>에서는 저소의 소급효를 인정하고 있다. 사천성고급인민법원은 "저소의 성질에 따르면, 저소되는 채권 채무는 최초 저소가 가능한 시기에 소멸된다. 저소후, 당사자 일방의 손해배상책임 및 계약위반책임도 저소의 소급효에 의하여 소멸한다."고 판시하였으며<sup>302)</sup> 산서성한중시중급인민법원은 "저소가 이루어지면 대응하는

299) 张向阳, 邢晓玉, "论诉讼中的债务抵销", 漯河职业技术学院学报, 第12卷 第4期 2013年 7月, 第53页.

300) 한국 민법 제493조(상계의 방법, 효과) ① 상계는 상대방에 대한 의사표시로 한다. 이 의사표시에는 조건 또는 기한을 붙이지 못한다. ② 상계의 의사표시는 각 채무가 상계할 수 있는 때에 대등액에 관하여 소멸한 것으로 본다.

301) 그 이유로 한세원 교수는 법정저소의 조건을 만족하면 저소의 의사표시를 하지 않았다고 하더라도 저소의 법적효과에 대하여 기대하게 되므로 당사자의 기대권의 보호차원에서 소급효를 인정하여야 한다고 주장하고 있고 王利明은 저소는 채권채무를 소멸하는 방법으로서 법률이 이에 대하여 규정한 것은 복잡한 채권채무관계를 효율적으로 해결하기 위함에 있으므로 저소적상에 놓이는 시점에 채권채무가 소멸하는 것으로 보아야 한다고 주장하고 있지만 결과적으로 상계의 소급효를 인정하는데 있어서는 논의가 없다.

채권채무는 최초 저소가능한 때에 소급하여 소멸된다. 저소후, 당사자 일방의 손해배상책임과 계약위반 책임은 저소의 소급효에 의하여 소멸된다."고 판시하였고<sup>303)</sup> 요녕성심양시중급인민법원은 "저소의 소급효에 의하여 원,피고 사이의 저소가 발효한 후, 쌍방의 채권은 저소권이 발생한 시점에 소급하여 소멸한다."고 판시<sup>304)</sup>하였다. 즉 이는 당사자 사이의 채권채무는 저소적상일에 소급하여 소멸하며 따라서 저소적상일로부터 일방당사자의 이자를 지급할 의무, 지연책임, 손해배상책임과 계약위반 책임도 소멸한다는 것을 의미한다.

결론적으로, 준거법에 관하여 언급하지 않은 채 한국법에 의하여 결론을 도출한 서울동부지방법원의 판결<sup>305)</sup>은 부당하지만 한국 국제사법 제 26조에 의하여 중국법을 적용하여 피고의 손해배상채권과 원고의 대금미지급채권을 대등액 범위에서 소멸하고 원고의 채권은 피고의 상계의 의사표시에 의하여 상계적상일에 소급하여 소멸한다고 본 서울고등법원의 판결<sup>306)</sup>은 타당하다. 왜냐하면 중국법상 상계의 요건에 관하여 보면 주동채권과 피동채권이 모두 합법적이고 유효하며 두 채권은 대립성을 가지고 쌍방 모두 금전채무로서 종류와 품질이 동일하며 모두 변제기가 도래한 채무라는 점으로부터 볼 때 상계적상에 놓였다고 할 수 있기 때문이다. 또한 상계의 소급효에 대하여, 중국법상의 명확한 조문은 없지만 중국 법원의 해석론에 일치하는 결론, 즉 상계적상일에 소급하여 채권이 소멸한다는 결론을 도출하였기 때문이다.

302) 宁洱富隆矿业有限公司与攀枝花市德能工贸有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书四川省高级人民法院 (2012) 川民终字第217号 2012-06-28.

303) 德阳市琅峰饲料有限公司与余太平买卖合同纠纷一案二审民事判决书, 陕西省汉中市中级人民法院 (2016) 陕07民终931号 2016-11-22.

304) 上诉人沈阳泰丰混凝土供应有限公司与被上诉人辽宁同创房屋开发有限公司, 原审第三人杜杰、韩啸物权保护纠纷一案再审民事裁定书, 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2017) 辽01民终3641号2017-06-19.

305) 서울동부지방법원 2007. 11. 16. 선고 2006가합6384 판결.

306) 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결.

### (3) 상이한 통화의 채권 사이의 抵銷

상이한 통화의 채권 사이에 중국 계약법 제99조에 따라 법정저소가 가능한지에 대하여 최고인민법원에서는 명확한 입장을 제시하지 않았고 통설이나 권위있는 견해도 없다.<sup>307)</sup> 하지만 국제물품매매계약에서 상계에 관한 문제가 제기될 가능성이 상당히 높기 때문에 이에 대하여 이론적으로 분석할 필요가 있다. 현재, 이와 관련하여 중국 학계에는 두 개의 연구논문이 있는데 두 논문의 저자는 서로 반대되는 입장을 취하고 있다.

우선, 청화대학교의 한세원 교수는 이에 대하여 부정설을 취하고 있는데<sup>308)</sup> 그 근거로 아래를 들고 있다. 1. 우선 중국의 민법 해석론은 일반적으로 독일을 따르므로 이와 관련하여도 독일의 설시를 따르는 것이 중국의 통설과 가까울 것인데 "뮌헨 독일민법주석서", "슈타우딩거 독일민법주석서" 등에 의하면 독일의 통설은 자국의 통화와 외국의 통화로 계산한 채무는 같은 종류의 채무가 아니다. 2. 중국의 기업과 개인이 보유하고 있는 외화가 많지 않고 외화는 일반적 등가물이긴 하지만 그 외의 특수한 의의와 가치를 가지므로 저소권제도에 의하여 일방 당사자가 상대방이 보유하고 있는 외화채권을 소멸시킬 수 있는 효과를 가져올 권한을 가지고 있다면 공평의 원칙에 어긋난다. 3. 당사자들이 계약에서 외화로 지급을 약정하였을 경우, 이는 분명히 특정의 목적이 있을 것이므로 이러한 상계를 허용하는 것은 사적자치의 원칙에 위배된다. 당사자들은 계약의 내용에 따라 계약을 이행하여야 하는데 당사자들의 의사에

---

307) 韩世远, "不同币种的金钱之债是否发生抵销权", 人民法院报, 2013年4月24日 第007版, 第1页.

308) 韩世远, 위의 논문, 1면.

반하지 않는 합법적이고 유효한 계약은 법원과 중재기구의 승인과 지지를 받으며 법률문서<sup>309)</sup>에서도 상응한 외화로 채권을 표시한다.<sup>310)</sup> 4. 상이한 통화로 된 채권 사이의 상계를 허용하는 것은 환율의 변동에 의한 분쟁 등 새로운 문제를 유발할 수 있다. 5. 중국의 사법재판은 법조문을 해석함에 있어서 엄격한 태도를 보이기 때문에 "종류와 품질이 동일하여야 한다." 는 규정에 대하여도 엄격한 해석방법을 적용하는 것이 법원의 태도와 더 가까울 것으로 추정된다.

이와 반대로, 청화대학교 법학원의 왕사사(王思思)는 상이한 통화의 채권 사이에는 저소가 가능하다고 주장하는데 그 근거로 아래와 같은 몇 가지를 들고 있다.<sup>311)</sup> 1. 계약법 제99조에서의 "목적물의 품질, 종류가 동일하여야 한다는 것"은 목적물 사이에 대체가능하면 된다는 것을 의미하므로 상이한 통화의 채권도 환전을 통하여 대체가능하므로 계약법의 동 조항을 적용할 수 있다. 2. 독일이나 프랑스에서는 동일한 통화로 환전이 될 수만 있다면 상이한 통화의 채권 사이의 저소를 금지하지 않는 입장을 취하고 있으므로 중국도 이를 따라야 한다. 3. 상이한 통화의 채권 사이에 저소를 허용하는 것은 국제무역의 대추세와 인민폐 세계화의 발전에 유리하다.

사건으로는, 상이한 통화의 채권 사이의 저소를 허용하는 후자의 입장이 더 설득력이 있다고 본다. 일방적으로 중국의 외화 유출을 방지하기 위하여 양자의 저소를 허용하지 말아야 한다는 견해는 중국의 채권자가 보유한 주동채권이 인민폐 채권인 경우를 고려하지 않았을 뿐만 아니라

---

309) 법률관계의 주체들이 법이 정한 절차에 따라 소송과정 또는 소송과 관련이 있는 소송 외의 과정에서 법률, 법규를 적용하여 제작한 법률효력을 가지는 문서를 말한다.

310) 浙江省舟山市中级人民法院 (2009) 浙舟商外初字第1号民事判决书, 浙江省高级人民法院 (2009) 浙商外终字第 84 号民事判决书.

311) 王思思, "不同币种金钱之债的抵销", 人民司法(应用) 2016年 13期, 第94-96页.

세계화의 추세에도 부합되지 않는다. 또한, 환율의 변동에 관한 분쟁이 있을 수 있다는 우려는 환율의 기준에 관한 규정을 도입하는 등 분쟁유발의 실질적 이유로부터 출발하는 조치를 통하여 해결되어야 하지 아예 상이한 통화의 채권이 저소불가하다고 정하는 방법을 취하는 것은 적절하지 않다.

## 5. 물품으로 인한 인적 손해

협약 제5조에서는 물품으로 인하여 발생한 사람의 사망 또는 상해에 대한 매도인의 책임에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 즉 협약은 제조물책임<sup>312)</sup>으로 인한 인적 손해에 대하여 규제하고 있지 않는데 이는 제조물책임으로 인한 인적 손해에 대해 협약의 적용을 배제하기 위한 규정이다.<sup>313)</sup> 따라서 물품으로 인한 물적 손해에 대하여는 협약에 따라, 인적 손해에 대하여는 법정지의 국제사법에 의해 결정되는 준거법에 따라야 한다.

하지만 제조물책임의 준거법에 대한 명확한 규정을 두고 있는 로마 II<sup>314)</sup> 또는 "중국섭외민사관계법률적용법"<sup>315)</sup>과는 달리 한국 국제사법

---

312) 한국 제조물책임법 제3조 제1항에 따르면 제조물책임은 제조물에 안전성을 결여한 결함으로 인하여 생명 신체나 제조물 그 자체 외의 다른 재산에 손해가 발생한 경우에 제조업자 등에게 지우는 책임을 말한다.

313) 석광현, 『국제물품매매계약의 법리중국 침권책임법』, 박영사, 2010, 54면.

314) "계약외 채무의 준거법에 관한 로마규정" (REGULATION (EC) No 864/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)) 제5조 제1항에서는 제조물책임의 준거법에 관하여 피해자의 상거소지법, 제조물의 취득지국법, 결과발생지국법, 책임이 있다고 주장된 자의 주된 영업소 소재지국법 등 4개의 단계적 연결원칙을 규정한다. ( 석광현, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)", 서울대학교 법학 제 52권 제3호, 2011, 264면.)

315) 중국 섭외민사관계법률적용법 제45조 제조물책임은 피해자의 상거소지 법률에 의하

은 이와 관련된 규정을 두고 있지 않으므로 실제 사례에서는 이상에서 살펴본 불법행위에 관한 기본적인 원칙 - 주관적, 객관적 준거법 결정에 따라 정할 수밖에 없다.<sup>316)</sup>

대법원 1994.1.28. 선고 93다18167 판결에서는 섭외사법 제13조 제1항에 의하면, 외국적 요소가 있는 섭외사건에서 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인이 된 사실이 발생한 곳의 법에 의하여 판단하여야 하고, 불법행위에서 그 원인이 된 사실이 발생한 곳에는 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함된다고 설시하고 있다. 비록 이러한 결론은 섭외사법에 의하여 도출된 것이지만 기존의 '원인사실이 발생한 곳' 대신 국제사법에서 '그 행위가 행하여진 곳'이라는 표현을 사용한 것은 기존의 '사무관리, 부당이득 및 불법행위' 대신 불법행위만을 지칭하기 위한 것이므로 현 국제사법에서의 '그 행위가 행하여진 곳' 에도 불법행위의 행동지와 손해의 결과발생지가 포함된다 고 말할 수 있다.

따라서 당사자들이 한국 국제사법 제33조에 의한 사후의 합의를 하지 않은 이상, 한국 국제사법 제32조에 의하여 불법행위의 행동지, 손해의 결과발생지, 가해자와 피해자가 동일한 국가에 상거소를 두고 있는 경우 그 국가, 불법행위가 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계를 침해하였을 경우 그 법률관계의 준거법이 중국법일 경우, 협약이 규율하고 있지 않는 물품으로 인한 인적 손해에 관련하여 중국법이 적용된다. 따라서, 중국법상 제조물책임의 쟁점에 대하여 논의하면 아래와 같다.

---

고, 피해자는 가해자의 주된 영업지 법률 또는 손해발생지 법률의 적용을 선택하거나 또는 가해자가 피해자의 상거소에서 관련된 경영활동을 하지 않는 경우에는 가해자의 주된 영업지 법률 또는 손해발생지 법률에 의한다.

316) 한승수, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법", 서울법학 제26권 제1호, 2018, 171면.

## (1) 제조물책임에 대한 법률규정

중국법상 제조물책임은 "불법행위법"<sup>317)</sup>과 "제조물품질법"<sup>318)</sup>에 의하여 규제된다. 하지만 양자사이에 중첩되는 부분이 있다.<sup>319)</sup> 중국 "불법행위법" 제5조에서는 "기타 법률에 불법행위책임에 대한 별도의 특별 규정이 있을 경우, 그 규정을 따른다." 고 정하고 있으므로 두 법을 동시에 적용하되 중첩되는 부분에 대하여는 특별법<sup>320)</sup>인 "제품품질법"을 적용하는 것을 원칙으로 하여야 한다.

"불법행위법" 제5장은 7개(제41조-제47조)의 조문을 두어 제조물책임에 대하여 정하고 있다. 불법행위법에서 정하고 있는 제조물책임은 제조물의 결함으로 인하여 발생한 인적 또는 물적 손해에 한정된다. 여기에서의 '제조물'이란 판매의 목적으로 가공, 제작한 물품이다.<sup>321)</sup> 따라서 초급적 농산품이나 가공을 거치지 않은 천연 물품과 같은 가공을 거치지 않은 초급 물품은 제조물에 속하지 않으므로 동 법의 규제를 받지 않는다. 여기에서의 '결함'이란 제조물에 인신, 타인의 재산안전을 위협하는 비합리적인 위험이 존재하거나 제조물에 인체건강이나 인신, 재산 안전을 보장하는 국가 또는 업종기준이 있을 경우에는 그 기준에 부합되지 않는 경우를 말한다.<sup>322)</sup>

제조물의 결함으로 인한 인적 손해가 발생하였을 경우 피해자는 생산

---

317) 직역할 경우 "침권책임법"(侵权责任法)이라고 한다.

318) 직역할 경우 "산품질량법"(产品质量法)이라고 한다.

319) 王道发, "我国产品责任制度法律问题研究", 现代管理科学, 2016年 第7期, 第88页.

320) 불법행위에 의한 권리침해에 관한 특별규정을 정하고 있는 침권특별법을 말하는 것이다. 침권특별법은 중국의 기타 법률 중에서 규정한 불법행위책임 특별규범의 총칭이다. (양리신 지음, 김승일, 박정원, 주웨이 옮김, 『중국 침권책임법』, 경지출판사, 2018, 87면.)

321) 중국 제조물품질법 제2조.

322) 중국 제조물품질법 제46조.



자 또는 판매자를 상대로 책임을 물을 수 있다. 이러한 책임에는 배상책임 외에도 방해배제, 위험제거 등 권리침해 책임도 포함된다.<sup>323)</sup> "불법행위법" 제41조<sup>324)</sup>에서는 생산자는 제조물의 결함에 대하여 무과실책임을 져야 함을 확인하고 있다. 즉 제조물의 결함이 타인에게 손해를 입혔을 경우, 생산자는 주관상 과실이 없었음을 증명할 수 있더라도 불법행위책임을 면할 수 없다는 것이다. 때문에 생산자는 과실이 없음을 이유로 책임을 면제받을 수 없다. "불법행위법" 제42조에 의하면 판매자는 자신의 과실로 인하여 타인에게 손해를 입혔을 경우, 또는 과실이 없다고 하더라도 결함있는 제조물의 생산자나 공급자를 명확하게 지적할 수 없을 경우 불법행위책임을 져야 한다.<sup>325)</sup> 비록 상품의 결함이 생산자에 의해서 일어났을 경우 배상한 판매자는 생산자에게 추상할 수 있지만 피해자는 이와 상관없이 판매자나 생산자를 상대로 배상을 청구할 수 있고<sup>326)</sup> 청구받은 판매자는 과실의 유무를 떠나 일차적으로 배상을 해야 하는 의무가 있으므로 "불법행위법"은 사실상 생산자나 공급자를 명확히 지적할 수 없는 판매자에게도 무과실책임을 지도록 하고 있는 것이다.

중국 "제조물품질법" 제41조는 면책사유에 관한 규정을 두고 있는데 즉 제품이 유통되지 않았거나 제품이 유통될 때 손해를 야기한 결함이 존재하지 않았거나 제품이 유통될 때의 과학기술수준으로 결함의 존재를 알아 낼 수 없었음을 증명할 수 있을 경우 생산자는 배상책임을 지지 않

323) 중국 불법행위법 제45조 상품의 결함으로 인하여 타인의 신체, 재산 안전에 위해를 가했을 경우 피침권자는 생산자, 판매자에게 방해배제, 위험제거 등 침권책임을 지도록 요구할 권리가 있다.

324) 중국 불법행위법 제41조 제조물의 결함으로 인해 타인에게 손해가 발생하였을 경우, 생산자는 불법행위책임을 져야 한다.

325) 중국 불법행위법 제42조와 제조물품질법 제42조는 이러한 판매자의 책임에 대하여 동일한 규정을 두고 있다.

326) 다만, 중국 불법행위법 제43조, 제조물품질법 제43조에 의하면 결함이 생산자에 의해 유발된 것일 경우, 판매자는 배상한 후 생산자에게 추상(追償)할 수 있으며 판매자의 과실로 결함이 발생하였을 경우, 생산자는 배상한 후 판매자에게 추상할 수 있다.

는다고 정하고 있다. 법률에서 정하고 있는 이러한 면책사유 외에도 생산자는 예컨대 남용, 과도사용 등 피해자의 과실을 항변사유로 제기할 수도 있다.<sup>327)</sup>

## (2) 징벌적 배상

"불법행위법" 제47조에서는 제조물결함에 의한 인신 손해에 관한 징벌적 배상을 정하고 있다. 동 조항에서는 제조물에 결함이 존재함을 명백히 알고 있음에도 불구하고 생산과 판매를 계속하여 타인의 사망 또는 건강의 엄중한 손해를 초래하였을 경우, 피해자는 상응하는 징벌적 배상을 요구할 수 있다고 정하고 있다.

동 조항이 적용되려면, 우선 객관적으로 제조물책임이 존재하여야 하고 주관적으로 '명백히 알고 있는' 요건을 만족하여야 하며 '엄중한 후과'라는 결과적 요건도 만족시켜야 한다. 주관상 명백히 알고 있음에도 불구하고 생산과 판매를 계속 하였다는 것은 객관적 사실에 의하여 판단가능한데 예컨대 생산자가 개발한 후 충분한 안전 테스트를 거치지 않고 제조물을 시장에 투입하였거나 생산자 또는 판매자가 공상행정관리부문의 행정처분을 받은 적이 있음에도 불구하고 계속 동일한 제조물을 생산 또는 판매하는 경우를 들 수 있다.<sup>328)</sup>

하지만 중국법상 이러한 징벌적 손해배상의 구체적 기준에 대한 규정은 없다.<sup>329)</sup> 이는 실무적으로 동 조항을 적용하는데 어려움을 가져다

327) 张尧泉, "从“奶粉事件”浅论产品侵权责任的归责原则", 中国集体经济, 2008, 第128页.

328) 黄智维, "产品责任惩罚性赔偿适用分析——兼评《侵权责任法》第四十七条", 成都理工大学学报(社会科学版), 第26卷 第5期, 第13页.

329) 洪万江, 赵琳, "产品责任人身损害赔偿标准的再思考——论人身损害赔偿价值修正系数之构建", 2015年 6月(下), 第275页.

주었다.<sup>330)</sup> 동 조항을 원용한 중국의 판례를 볼 때도 일반법적 규정으로써 기타 규정 원용시 부차적으로 원용되거나<sup>331)</sup> '징벌적' 배상의 의미가 아닌 일반적 손해배상 청구시 일괄하여 원용되고 있다.<sup>332)</sup> 하지만 이러한 규정이 존재하는 이상 적용될 여지가 있고 그 구체적인 기준에 대하여는 판사에게 큰 재량권을 부여하였음을 의미한다. 징벌적 손해배상에 관하여 "소비자권익보호법"<sup>333)</sup>과 "식품안전법"<sup>334)</sup>에는 관련된 조항이 있는데 비록 이는 소비자의 권한에 해당하는 규정으로 본 논문에서 논의하는 분쟁에 직접 적용될 수는 없겠으나 중국법이 정하고 있는 '징벌적 규정'인 점에 감안하여 판사가 결론을 도출함에 있어서의 참고자료로는 될 수 있다.

### (3) 정신적 손해배상

중국 "불법행위법" 제22조에서는 타인의 인신권익을 침해하여 엄중한 정신손해를 초래하였을 경우 피해자는 정신적 손해배상을 청구할 수 있다고 정하고 있다. "불법행위법"이 반포되기 전, 재산의 손해에 대해서도

330) 黄智维, "产品责任惩罚性赔偿适用分析——兼评《侵权责任法》第四十七条", 成都理工大学学报(社会科学版), 第26卷 第5期, 第14页.

331) 中通客车控股股份有限公司与哈尔滨市世达客运有限公司侵权纠纷一案的民事裁定书, 黑龙江省高级人民法院 (2016) 黑民辖终8号.

332) 范俊刚与建始县九皇食品有限责任公司产品责任纠纷二审民事判决书, 湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院 (2015) 鄂恩施中民终字第00127号.

333) 중국 소비자권익보호법 제55조 제2항

상품 또는 서비스에 결함이 있는 것을 명백히 알고 있으나 여전히 소비자에게 제공하여 소비자 또는 기타 피해자의 사망 또는 건강의 엄중한 손해를 초래하였다면, 피해자는 경영자에게 동 법 제49조, 제51조에 의한 손해배상을 요구할 수 있고 손해의 2배이하의 징벌적 배상을 요구할 수 있다.

334) 중국 식품안전법 제148조 제2항 식품안전표준에 부합되지 않는 식품임을 명백히 알면서 경영하였다면 소비자는 손실에 대한 배상을 요구할 수 있을 뿐만 아니라 생산자 또는 경영자에게 가격의 10배 또는 손실의 3배에 달하는 배상금을 요구할 수 있다.

정신적 손해배상을 주장할 여지가 있었으나<sup>335)</sup> 동 조항이 있으므로 하여 정신적 손해배상은 인적 손해에만 제한되게 되었다. 이러한 제한은 정신적 손해배상이 남용되는 것을 방지하기 위함이라고 알려지지만 특정된 물품의 손해가 당사자 및 그 가족의 정신손해를 초래할 수 있다는 점을 완전히 고려하지 않고 이러한 절대적인 규정을 둔 것은 유감이다. 하지만 물품으로 인한 물적 손해는 협약에 의하여 규율될 문제이므로 여기에서는 이 정도로 논의를 마치겠다.

중국 "불법행위법"이 정하고 있는 정신적 손해배상을 청구할 수 있는 주체는 당사자 및 그 근친속<sup>336)</sup>이다. 또한, 동 조항이 적용되려면 정신 손해가 '엄중'함에 이르러야 하는데 그 엄중성을 판단함에 있어서는 의학적으로 명확한 감정결과를 확정하는 방법을 적용할 수도 있고 그 엄중성이 인적 손해의 엄중성과 맞먹는다고 볼 수도 있다.<sup>337)</sup> 주의할 것은, 이러한 정신적 손해배상과 앞서 말한 징벌적 배상의 청구는 모순되는 것이 아니므로 양자를 동시에 적용할 수 있다.

#### (4) 손해배상액의 산정

중국 "제조물품질법" 제44조에서는 제조물의 결함으로 인하여 인신손

335) 중국 불법행위법이 반포되기 전, 비록 재산적 이익이 침해되는 경우, 정신적 손해배상은 인격적 상징의미가 있는 기념물품에 대한 침해와 같은 특정, 제한적인 경우에만 인정되지만(蔡成國, "中國 合同法(契約法)에서의 契約責任에 관한 研究 : 韓國民法과의 比較를 中心으로", 서울대학교 박사학위논문, 2007, 173면.) 적어도 "민사불법행위로 인한 정신적 손해배상책임의 확정에 관련된 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 해석"에서 그 가능성을 열어두었으므로 재산적 이익의 침해에 대하여도 정신적 손해배상의 청구가 허용되었다.

336) "'중화인민공화국민법통칙'을 관철 실시하는 것에 관한 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 의견"에서는 민사소송에서의 근친속은 배우자, 부모, 자녀, 형제자매, 조부모, 외조부모, 손주, 외손주를 포함한다고 규정하고 있다.

337) 王道发, 同上, 第90页.

해가 발생하였을 경우, 권리침해자는 의료비용, 치료기간의 간병비용, 일을 할 수 없음으로 인해 감소된 수입 등 비용; 장애를 초래하였을 경우, 피해자의 생활자조기구비, 생활보조비, 장애배상금 및 부양하는 가족의 필요한 생활비 등 비용; 피해자가 사망하였을 경우, 장례식 비용, 사망배상금 및 피해자가 생전 부양하던 사람의 필요한 생활비 등 비용을 포함한다고 규정하고 있으며 "인신손해배상사안의 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석"에서는 이러한 비용의 산정에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있다.

## 제 4 장 중국법상 민사재판의 法源

한국 법원은 한국 민법 제1조가 정하고 있는 성문법, 관습법과 조리의 3단계 구조를 법원에 관한 민사상의 대원칙으로 판단하여 외국법질서에도 이러한 원칙을 적용하는 경우가 있는데 이는 타당하지 않은 것이다. 한국 법원에서 중국법을 적용하여 판시를 내릴 경우, 중국법이 정하고 있는 法源의 원칙을 따라야 한다. 또한 제2장과 제3장에서 논의한 내용들은 한국 법원에서 언급되는 중국법의 모든 쟁점을 망라할 수는 없다. 따라서 제4장에서는 중국 민법총칙 제10조에서 정하고 있는 法源과 동규정에 포함되지 않는 민법의 기타 法源의 순서<sup>338)</sup>로 중국법상 민사재판의 法源과 法源 충돌시의 해결방안을 제시함으로써 한국 법원이 중국법을 적용하여 판시할 때 적용되어야 하는 중국법의 法源 적용원칙을 설명한다.

### 제 1 절 민법총칙에서 정하고 있는 法源

중국 민법총칙 제10조는 "민사분쟁을 처리함에 있어서는 법률을 적용하여야 한다. 법률의 규정이 없는 경우, 습관<sup>339)</sup>을 적용할 수 있으나 공

---

338) 중국법의 전통이론은 法源을 정식법원과 비정식법원으로 나눈다. 하지만 이러한 논리적 체계로 동 부분의 내용에 대하여 논의하는 것은 아래와 같은 어려움이 있다. 우선, 중국법상 이러한 용어들의 개념은 명확하지 못하다. 따라서 정식법원과 비정식법원의 범위에 포함되는 내용들도 달라진다. 또한 이러한 전통적인 분류방식 자체에 의문을 제기하는 학자들도 존재하기 때문에 여기에서 이에 대하여 단언하기는 어렵다. 이러한 전통적인 분류방식에 대한 구체적인 논의는 다음 기회로 미루고 여기에서는 이론상의 의문의 여지가 없는 논리구조를 취하여 중국법의 法源에 대하여 논의한다.

서양속에 위배되어서는 안된다." 는 규정을 두고 있다. 민법총칙에서는 법률과 습관을 민법의 법원으로 정하고 있다.<sup>340)</sup> 제1절에서는 이에 기초하여 "민법총칙"이 정하고 있는 법률과 습관에 대하여 논의한다.

## 1. 법률<sup>341)</sup>

### (1) 협의의 법률

중국 헌법<sup>342)</sup>과 입법법<sup>343)</sup>의 규정에 따르면 협의의 법률은 기본 법

---

339) 비록 이를 표현 그대로 '순수습관'이라고 주장하는 견해도 있지만 한국법에서의 관습법에 해당한다고 보는 견해가 통설이다.

340) 한국은 민법 제1조에 "민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다."는 규정을 두어 법률, 관습법, 조리를 법원으로 정하고 있다. 비교법적인 시각으로 볼 때, "법률, 관습법, 조리"를 법원으로 하는 법제(한국, 중국대만, 스페인 등), "법률, 관습(법), 보충성 법원"을 법원으로 하는 법제(독일, 오스트리아, 몽골 등), "법률, 습관, 유추에 의해 얻어진 규칙, 보충성법원"을 법원으로 하는 법제(러시아, 이탈리아 등)가 있다. 중국 민법의 경우, 입법과정에서 법리, 보충성법원 등도 논의되었지만 결국 내용이 불명확하고 기준이 모호하다는 등의 이유로 부정되었다. 하지만 학자들 사이에서는 여전히 논의가 있고 여러 학자들(杨立新, 张新宝, 李永军)은 비록 민법총칙 제10조에서는 법률과 습관만 법원으로 규정하고 있지만 재판에서 조리나 기타 원칙을 적용할 수 없음을 의미하는 것은 아니라고 주장하고 있으며 사법실천으로부터 볼 때도 그러하다. (于飞, "民法总则法源条款的缺失与补充", 法学研究, 2018年 第1期, 第38-40页 참조.)

341) 법률은 광의와 협의 두가지로 나눌 수 있는데 광의의 법률은 넓은 의미에서의 규범성 문건을 포함하고 협의의 법률은 전국 인민대표대회 및 상무위원회에서 제정한 규범성 문건을 말한다. 여기에서 말하는 법률은 광의의 법률이고 아래에서 협의의 법률에 대하여 논의한다.

342) 중국 헌법 제58조 전국인민대표대회 및 전국인민대표대회 상무위원회는 국가의 입법권을 행사한다.

제62조 제1항 ① 전국인민대표대회는 다음과 같은 직권을 행사한다.

3. 형사, 민사, 국가기구, 기타에 관한 기본법률을 제정 또는 개정한다.

제67조 전국인민대표대회 상무위원회는 다음과 같은 직권을 행사한다.

2. 전국인민대표대회가 제정하여야 할 법률 이외의 다른 법률들을 제정 또는 개정한다.

3. 전국인민대표대회 휴회기간에 전국인민대표대회가 제정한 법률을 부분적으로 보충, 개정한다. 그러나 해당 법률의 기본원칙에 어긋나게 하여서는 안 된다.

률과 기본 법률 이외의 법률로 구분된다. 기본 법률의 제정권은 전국인민대표대회에 있고<sup>344)</sup> 전국인민대표대회 상무위원회<sup>345)</sup>는 전국인민대표대회 폐회기간 이에 대하여 수정할 수 있다. 그 예로 민법통칙, 입법법, 조직법 등을 들 수 있다. 기본 법률 이외의 법률은 전국인민대표상무위원회에서 제정하고 수정한다. 그 예로 회사법과 노동법 등을 들 수 있다. 그 외, 전국 인민대표대회 및 상무위원회의 결의, 결정이라고 해도 일반적인 '선언'이나 '위임령'이 아닌 규범성적인 규정일 경우에는 법률이라고 보아야 한다.<sup>346)</sup>

민법의 法源으로서의 "법률"은 일반적으로 민사법률에 한정되나 형사, 행정법률도 민사법률의 규정에 따라<sup>347)</sup> 민법의 法源이 될 수는 있다.<sup>348)</sup> 주의할 것은 "민법통칙" 제6조<sup>349)</sup>와 "민법총칙" 제10조<sup>350)</sup>에서 말하는 법률은 광의의 법률로서 여기에서 말하고 있는 법률의 개념과는

343) 중국 입법법 제7조 전국인민대표대회와 전국인민대표대회상무위원회는 국가의 입법권을 행사한다.

전국인민대표대회는 형사·민사·국가기구와 기타의 기본법률을 제정 및 수정하고, 전국인민대표대회상무위원회는 전국인민대표대회가 제정하는 법률 이외의 기타 법률을 제정·수정한다.

전국인민대표대회의 폐회기간 동안 전국인민대표대회가 제정한 법률에 대해 부분적인 보충과 수정을 실시하며, 해당 법률의 기본 원칙과 상호 저촉되어서는 아니된다.

344) 때문에 역으로, 전국인민대표대회에서 제정한 법률은 이론상 기본법률로 정의되어야 한다. 하지만 "기본법률"이라는 표현이 그 문면에 충실한지는 의문이다. 예컨대, "중화인민공화국중외합자기업법"과 같은 경우, 제정주체가 전국인민대표대회이므로 기본법률로 정의되어야 하지만 그것이 "기본법률"이라는 표현과 어울리는지에 대하여는 의문이다.

345) 전국인민대표대회 상무위원회는 전국인민대표대회의 상설기관으로서 전국인민대표대회가 소집되지 않았을 때에도 존재한다.

346) 舒国滢, 『法理学导论』(第二版), 北京大学出版社, 2006, 第72页.

347) 예컨대, 민사법률행위가 구비하여야 할 조건에 대하여 정하고 있는 "민법통칙" 제55조의 제3항에서의 "법률 또는 사회공공이익에 위배되어서는 안된다."는 규정과 같은 것이다.

348) 姚辉, 梁展欣, "民法总则中的法源及其类型", 法律适用 2016年 07期, 第54页.

349) 중국 민법통칙 제6조 법률과 정책준수의 원칙

민사활동은 법률을 준수해야 한다. 법률에 규정이 없을 경우, 국가정책을 준수해야 한다.

350) 중국 민법총칙 제10조 민사분쟁을 처리함에 있어서는 법률을 적용하여야 한다. 법률의 규정이 없는 경우, 습관을 적용할 수 있다. 하지만 공서양속에 위배되어서는 안된다.



상이다. 법원이 민사판결에서 법률을 직접적으로 원용할 수 있음에는 의문이 없고 "최고인민법원 재판문서에서 법률, 법규 등 규범성문건을 인용하는 것에 관한 규정"<sup>351)</sup> 제4조 제1항에서도 "민사재판문서는 법률, 법률해석 또는 사법해석을 인용하여야 한다." 는 규정을 두어 이 점을 확인하고 있다.

## (2) 행정법규와 지방성법규

행정법규는 국가 최고 행정기관인 국무원이 헌법과 법률에 근거하여 제정한 국가의 행정과 관련된 규범성문건이고 지방성법규는 지방의 인민대표대회 및 상무위원회에서 제정한 동 행정구역내에서 적용되는 규범성문건이다. "재판문서에서 법률, 법규 등 규범성문건을 인용하는 것에 관한 최고인민법원의 규정" 제4조 제2항에서는 "적용되어야 할 행정법규, 지방성법규(地方性法规) 또는 자치조례와 단행조례에 대하여는 직접적으로 인용할 수 있다." 고 정하고 있으므로 행정법규와 지방성법규는 민사재판에서 직접 인용될 수 있는 법원이다.

중국 계약법과 계약법 해석은 계약의 효력을 판단함에 있어서는 법률과 행정법규만 원용할 수 있다고 정하고 있다. "계약법" 제52조 제5항<sup>352)</sup>은 계약무효의 사유로 법률과 행정법규의 강행규정을 위반한 경우를 들고 있고 "계약법해석(1)" 제4조<sup>353)</sup>에서는 법원이 계약무효를 확인

---

351) 最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定.

352) 중국 계약법 제52조 계약무효의 법정(法定)상황

(5) 법률, 행정법규의 강행규정을 위반하였을 경우.

353) "중화인민공화국계약법"을 적용하는 것에 관한 최고인민법원의 해석(1) 제4조 계약법 실시후, 인민법원은 계약의 무효를 확인함에 있어서 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에서 제정한 행정법규를 의거로 하여야 하며 지방성법규, 행정규장을 의거로 해서는 않된다.

함에 있어서 법률과 행정법규를 의거로 하여야 함을 명확하게 정하고 있다.

### (3) 부문규장과 지방정부규장

국무원 소속부서에서 행정법규, 결정, 명령 등에 근거하여 부문의 권한내에서 반포하는 각종 행정 규범성문건인 부문규장과 지방정부에서 제정한 규범성문건인 지방정부규장이 민사재판에서 직접적으로 인용될 수 있는지에 대하여는 논의가 있다. 사건으로는, 이에 대하여 법원은 직접적으로 인용하는 것이 아니라 필요할 경우, 판결문의 논증방식에 주의를 기하여 부문규장이나 지방정부규장의 내용을 재판에 반영할 수는 있다.

우선, 앞서 말한 "재판문서에서 법률, 법규 등 규범성 문건을 인용하는 것에 관한 최고인민법원의 규정" 제4조 제2항에서는 이에 대하여 언급하지 않았다. 또한, "행정소송법" 제52조, 제53조에서 인민법원은 행정사안을 재판함에 있어서 법률, 행정법규, 지방성법규를 의거로 하여야 한다고 정하고 있는 반면, 부문규장, 지방정부규장은 참조하여야 한다고 정하고 있는데 이러한 규정에 유추하여 볼 때, 민사재판에서도 부문규장과 지방정부규장은 직접 인용할 수 있는 대상이 아니라고 판단할 수 있다.

하지만 법원은 직접적인 인용이 아니라 자신이 주장하는 논리를 밝히는 근거로써 부문규장과 지방정부규장을 원용할 수는 있다. 즉 논증의 방식에 주의를 기하여 부문규장과 지방정부규장의 내용을 재판에 반영하는 것이다. 예컨대, "난주물품유통유한회사와 난주민백주식유한회사의 불법행위 분쟁사안"<sup>354)</sup>에서 최고인민법원은 중국증권감독관리위원회의 "

상장회사주권분치개혁관리방법"의 규정에 의한 것이 아니라 동 방법의 취지에 의하여 결론을 내린다고 말하고 있는 것과 같다.

법원의 판단을 용이하게 하기 위하여 앞서 언급된 법률, 행정법규, 부문규장, 지방성 법규 및 지방정부 규장의 제정주체 및 명칭<sup>355)</sup>을 표로써 정리하면 아래와 같다.

	제정주체	명칭
법률	전국인민대표대회 및 상무위원회	"xx법"
행정법규	국무원	"xx조례, 방법, 實施細則, 규정 등"
부문규장	국무원부서	"xx방법, 규장, 명령, 지시, 규정."
지방성법규	지방인민대표대회 및 상무위원회	"xx지방xx조례"
지방정부규장	지방정부	"xx지방xx방법, xx지방xx규장."

## 2. 習慣

비록 민법총칙에서는 習慣이라는 표현을 쓰고 있지만 여기에서 제시하고 있는 법원으로서의 習慣은 우리가 흔히 알고 있는 순수습관이 아니라 관습법의 의미에 접근한다. 따라서 이러한 단어사용의 혼동은 시정되어야 한다.

354) 最高人民法院 (2009) 民二终字第75号.

355) 표에서 언급된 명칭은 자주 적용하는 것이긴 하지만 절대적인 것은 아니므로 法源의 분류는 구체적인 법률문건에서 그 제정주체에 따라 판단하는 것이 합리적이다.

습관이라는 단어 자체는 당사자들이 숙지하고 장시간 실행된 일종의 규칙을 말하는데 "사실상의 습관" 또는 "순수습관"이라고도 한다. 순수습관은 사실 자체이므로 법원으로써 적용될 수 없다.<sup>356)</sup> "민법총칙"<sup>357)</sup>, "계약법"<sup>358)</sup>, "물권법"<sup>359)</sup>에서 정하고 있는 "거래관습", "현지습관" 등은 순수습관에 속하며 법률의미상의 습관이 아니라 사실인정시의 참조기준으로 된다. 즉 단순습관은 일종의 사실적 개념으로서 가치상의 평가가 이루어지지 않은 것이므로 일상생활에서의 모든 습관이 法源으로 직접 적용될 수 있는 것이 아니다.<sup>360)</sup>

이러한 순수습관이 법원에 의하여 승인되고 원용될 수 있자면, 1. 당사자들에 의하여 증명됨으로써 법원에 의해 승인되거나<sup>361)</sup> 2. 습관 자체가 일정한 기준에 부합되는 것이 확인됨으로써 법원에 의해 적용되는 것이다. 전자는 앞서 말한 순수습관의 적용이고 후자는 법원으로서의 쟁

356) 姚辉, 梁展欣, 同上, 第58页。

357) 중국 민법총칙 제140조

행위인은 명시적 또는 묵시적으로 의사표시를 할 수 있다.

침묵은 법률상의 규정, 당사자 사이의 합의가 있거나 당사자 사이의 거래관습에 부합될 경우에만 의사표시로 볼 수 있다.

제142조 제1항 상대인이 있는 의사표시를 해석함에 있어서, 사용된 문구에 의하여 관련조항, 행위의 성질과 목적, 습관 및 성실신용원칙에 의하여 의사표시의 함의를 확정하여야 한다.

358) 중국 계약법 제22조 승낙의 방식, 제26조 승낙의 발효, 제60조 엄격이행과 성실신용, 제61조 계약합의불명시의 보완, 제92조 계약종지후의 의무, 제125조 계약의 해석, 제136조 단증(单证)과 서류의 교부, 제193조 계약의 성립, 제368조 보관증빙 등에서 정하고 있다.

359) 중국 물권법 제85조 인접관계의 처리의거, 제116조 천연이자(孳息) 및 법정이자의 귀속 등 조항에서 정하고 있다.

360) 王利明, "论习惯作为民法渊源", 法学杂志, 2016年 第11期, 第5页。

361) 분쟁발생시 법원은 순수습관을 직접적으로 적용하지 않고 이를 사실문제로 보아 "주장하는 자가 증명하여야 한다." 는 증명책임의 원칙을 적용하여 법정에서 입증한다. 이 경우, 습관은 객관상에서 장기적으로 사용되었다는 조건을 만족시켜야 할 뿐만 아니라 구체적 사안에서의 당사자들의 주관적인 확신도 중요하다. 이런 주관상의 확신을 증명함에 있어서 업종내 거래의 기록을 참조하거나 관련 영역에서의 전문가를 섭외할 수도 있다. (高旭男, 乔剑峰, "论习惯的体系与适用 ——以《民法总则》第 10 条切入", 法制博览 2018年 04月(中), 第220页.)

慣을 뜻하는 것인데 이는 의미상 관습법에 가깝다. 민법총칙에서 말하는 習慣은 후자의 경우이다.

순수습관이 일정한 기준에 부합되면 관습법으로 인정되어 법원에서 직접 인용될 수 있다. 관습법은 "순수습관"에 법적 확신을 더한 것이다.<sup>362)</sup> "법적 확신"이란 "순수습관"이 규범에 이를 정도의 효력을 가짐을 믿는다는 것이다.<sup>363)</sup> 이러한 믿음은 주관적 요소로 볼 수 있지만 결국 객관적인 기준에 의하여 확정되어야 한다. 중국 학자 이영군은 "순수습관"이 법원에 의하여 관습법으로 승인되려면, 아래와 같은 조건을 만족시켜야 한다고 정리하였다. 1. 분쟁사항에 대한 성문법상의 규정이 없어야 하고, 2. 습관은 현실적으로 존재하는 것이어야 하며, 3. 습관은 장기적으로 효력있는 규칙으로써 준수되어 왔고, 4. 당사자 쌍방이 모두 동 습관에 대해 인지하고 있었으며, 5. 습관은 법률의 기본원칙과 공서양속에 위배되어서는 안 된다.<sup>364)</sup>

"민법총칙" 제10조에서는 習慣은 공서양속에 위배될 수 없음을 강조하고 있다.<sup>365)</sup> 여기에서 말하는 공서양속은 "민법총칙" 제8조<sup>366)</sup>에서 정하고 있는데 이는 공공질서와 선량한 풍속을 말한다.<sup>367)</sup> "공공질서"는 강제성을 띤 규범준칙으로서 공공이익을 수호하는 것을 출발점으로 하고 "선량풍속"은 "사회공덕"이라고 칭할 수도 있는데 사회 전체 구성원이

---

362) 赵婧薇, "论民事习惯的司法适用", 大连海事大学学报(社会科学版) 第16卷 第6期, 第57页.

363) 彭诚信, 陈吉栋, "论《民法总则》第 10 条中的习惯——以“顶盆过继案”切入", 华东政法大学学报 2017年 第5期, 第53~55页.

364) 李永军, 同上, 第86页.

365) 肖明明, "民法总则中“习惯”的体系性解释与适用", 人民法院报/2017年/12月/13日/第007版 民商审判, 第1页.

366) "민법총칙" 제8조 민사주체는 민사활동에 종사함에 있어서 법률과 공서양속을 위반하지 말아야 한다.

367) 이는 한국 민법 제103조에서 정하고 있는 '선량한 풍속 기타 사회질서'와 같은 의미이다.

보편적으로 인정하고 준수하는 성문화되지 않은 준칙과 가치판단을 말한다.<sup>368)</sup> "순수습관"이 관습법으로써 적용되려면 공서양속의 원칙뿐만 아니라 민법이 정하고 있는 기타 원칙<sup>369)</sup>도 만족시켜야 하는데 동 조항에서 공서양속에 대하여 명확한 규정을 둔 것은 공서양속은 특수성을 가진다는 것을 의미한다. 민법이 정하고 있는 기타 기본원칙과 달리, 공서양속은 법률행위의 효력을 부정할 수 있는 특별한 기능이 있다.<sup>370)</sup>

## 제 2 절 민법의 기타 法源

### 1. 최고인민법원의 사법해석

중국헌법상 최고심판기관으로 정의되고 있는 최고인민법원은<sup>371)</sup> 최고의 심판권을 가질 뿐만 아니라 사법해석 제정권도 가지고 있다. 최고인민법원의 사법해석 제정권과 관련하여 전국인민대표대회 상무위원회의 "사법해석작업을 강화하는데 관한 규정"<sup>372)</sup> 제2조에서는 "법원 심판과정에서의 법률, 법령의 응용에 관한 문제에 대한 해석권은 최고인민법원이

368) 陈淑敏, "公序良俗原则在民事审判中的适用探讨", 法制与社会, 2018年 9月(上), 第93页。

369) 중국 민법총칙에서 정하고 있는 기타 기본원칙에는 권리신성의 원칙(제8조), 주체평등의 원칙(제4조), 의사자치의 원칙(제5조), 공평의 원칙(제6조), 성실신용의 원칙(제7조), 녹색원칙(환경보호의 원칙, 제9조) 등이 있다.

370) 중국 민법총칙 제153조 법률, 행정법규의 강행규정을 위반한 민사법률행위는 무효이다. 단 동 강행규정이 동 민사법률행위의 무효를 초래하지 않을 경우는 제외한다. 공서양속을 위반한 민사법률행위는 무효이다.

371) 중국 헌법 제132조 최고인민법원은 최고심판기관이다. 최고인민법원은 각급 인민법원과 전문인민법원의 심판을 감독하며 상급인민법원이 하급인민법원의 심판을 감독한다.

372) "关于加强法律解释工作的决议" 1981년 6월 10일 제5기 전국인민대표대회 제19차회의에서 통과되었다.

가진다." 고 정하고 있다. 동 조항에 근거하면 최고인민법원의 심판과정에서 구체적인 문제에 대한 해석은 비록 법률과 같은 지위에 있지는 않지만 최고권력기관으로부터 권한을 부여받았으므로 정당해석에 속하고 따라서 이는 민법의 법원으로 될 수 있다.<sup>373)</sup><sup>374)</sup>

사법해석의 표현형식은 일반적으로 "해석", "규정", "회답(批复)", "결정" 등으로 제한되며 최근 30년간 중국법률의 발전상황으로부터 볼 때, 전국인민대표대회에서 하나의 법률을 제정할 때마다 상응한 사법해석이 반포되었다. 비록 학계에서 사법해석의 합리성에 대한 논의가 있으나<sup>375)</sup> 사법해석이 사법재판에서 높은 지위를 가짐은 명확하며 이는 실무상에서도 광범위하게 원용되고 있다.<sup>376)</sup>

2015년 수정된 "입법법"<sup>377)</sup>은 제104조를 증설하여 사법해석의 문제에 대하여 규정하였는데 동 조항에서는 최고인민법원이 재판과정에서의 법률적용에 관한 해석은 구체적인 법률조문을 대상으로 하여야 하며 입법의 목적<sup>378)</sup>, 원칙과 원래의 의미에 부합되어야 한다고 정하고 있다. 그 외, 현재 성안과정인 민법전에 사법해석의 내용을 도입할 것에 대한 건의도 있다.<sup>379)</sup>

373) 李永军, 同上, 第92页.

374) 사법해석은 法源이 아닌 規範來源에 속한다고 주장하는 견해도 있다.(刘作翔, "法源的误用——关于法律渊源的理性思考", 法律科学 2019年 第3期, 第6页.) 이는 "法源은 효력있는 법의 표현형식이다." 라는 이론에 근거한 것이다. 하지만 본 논문에서는 法源을 "법원의 재판에 영향 줄 수 있는 규범의 형식이다."라고 보다 넓게 정의한 전제에서 논의하는 것이고 이는 법원의 개념에 대한 이론상의 논의일 뿐이므로 본 논문에서 말하고자 하는 내용에는 큰 영향을 미치지 않는다.

375) 官正强, "试析我国法院司法解释制度的反思与完善", 法制博览 2019年 01月(下) 참조.

376) 彭中礼, "最高人民法院司法解释性文件的法律地位研究", 法律科学 (西北政法大学学报), 第15页.

377) 2015년 3월 15일, 12기 전국인민대표대회 제3차회의에서 "'중화인민공화국입법법'을 수정하는 것에 관한 전국인민대표대회의 결정"이 통과되었는데 이는 2000년 "입법법" 실시후 처음으로 된 수정이다.

378) 최고인민법원을 제외한 각급 인민법원에서도 결론을 도출함에 있어서 목적론적 해석을 할 필요가 있는데 이와 관련하여 입법자료를 참조하는 것이 합리적이다.

379) 王文胜, "从已有司法解释看民法典合同编分则草案的完善", 法治研究 2019年 第1期,

최고인민법원에서 반포했으나 사법해석에는 속하지 않는 "사법해석의 성질을 가지는 문건"도 소홀히 해서는 아니된다. 이러한 문건은 일반적으로 "지도의견", "통지", "회의기요" 등의 형식으로 반포되는데 사법재판에서도 재판이유 또는 재판의거로 자주 원용된다.<sup>380)</sup> 예컨대, "소상은행주식유한회사 무석분항과 중국광대은행주식유한회사 장춘분항 위임계약분쟁 관할권이의 사안."<sup>381)</sup>에서 최고인민법원은 "현 형세하에서 민상사계약분쟁심리에 대한 약간의 문제에 관한 지도의견"<sup>382)</sup> 제13조를 원용하였고 "영하 제2건축유한회사 訴 상굉걸 등 건설공사시공계약분쟁사안"<sup>383)</sup>에서는 "최고인민법원회의기요"를 원용하였다.

최고인민법원에서 반포한 "사법해석"과 "사법해석 성질을 가지는 문건"은 중국법상의 정식법원은 아니나 재판에서 인용될 수 있음은 명확하다. 최고인민법원이 반포한 규범성 문건의 명칭을 표<sup>384)</sup>로써 정리하면 아래와 같다.

---

참조.

380) 예컨대, "소상은행주식유한회사 무석분항과 중국광대은행주식유한회사 장춘분항 위임계약분쟁 관할권이의 사안."("招商银行股份有限公司无锡分行与中国光大银行股份有限公司长春分行委托合同纠纷管辖权异议"案)에서 최고인민법원은 "현 형세하에서 민상사계약분쟁심리에 대한 약간의 문제에 관한 지도의견" (《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》) 제13조를 원용하였고 "영하 제2건축유한회사 소 상굉걸 등 건설공사시공계약분쟁사안"(宁夏第二建筑有限公司诉尚宏杰等建设工程施工合同纠纷案)에서는 "최고인민법원회의기요"를 원용하였다. (彭中礼, 위의 논문, 15면.)

381) "招商银行股份有限公司无锡分行与中国光大银行股份有限公司长春分行委托合同纠纷管辖权异议"案, 最高人民法院, (2016) 最高法民终800号, 2017-04-28.

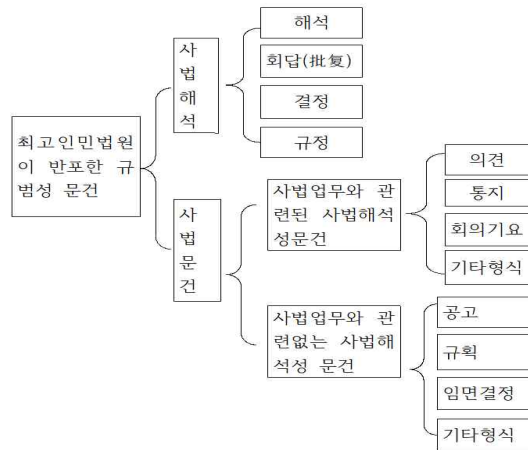
382) 关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见.

383) 宁夏第二建筑有限公司诉尚宏杰等建设工程施工合同纠纷案.

宁夏回族自治区固原市中级人民法院 (2014) 固民终字第398号 2015-06-04.

384) 彭中礼, 同上, 第16页.





## 2. 판례<sup>385)</sup>

영미법계 국가와 달리 중국에서 판례법은 法源으로 인정되지 않으므로 판례를 직접적으로 원용할 수 없으며 사법실무상 안례<sup>386)</sup>지도제도의 실행은 원활하지 않고 동 제도의 존부를 둘러싼 논의는 여전히 지속되고 있다. 그 원인은 판례의 法源으로서의 지위가 낮고 대표성이 부족한 점도 있겠지만 "안례지도사업에 관한 최고인민법원의 규정" 제7조에서 하급법원이 최고인민법원의 지도성안례를 참조할 것을 요구하고 있으나 구

385) "안례지도사업에 관한 최고인민법원의 규정" 제7조에 "각급 인민법원은 유사한 사안에 대하여 판시할 때, 최고인민법원이 반포한 지도성안례를 참조하여야 한다."는 강제성적인 규정을 두었으므로 판례가 정식법원인지 아니면 비정식법원인지에 대하여 논의가 있었는데(구체적 내용은 李一凡, "论案例指导制度的存废及定位", 法制与社会 2017年 12月 참조.) 판례법을 인정하지 않는 대륙법계의 국가에서 판례는 "민법총칙"에서 정하고 있는 법률에 속하지 않고 법원에 의해 직접 원용될 수도 없으므로 비정식법원이라고 판단하였다.

386) 중국은 성문법 국가이므로 일반적인 법원의 재판결과는 안례라고 본다. 하지만 그것이 안례지도제도에 의하여 지도안례(leading case)로 선정되는 순간 그것이 판례로서의 작용을 어느 정도 할 수 있다고 볼 수 있다. 하지만 그것이 절대적 효력을 가지지는 않기 때문에 판례로 인정되는 것은 어려우므로 지도성안례를 판례화 하자는 견해도 속출되고 있는 것이다.

체적인 참조방식에 대한 규정이 미비하기 때문에 참조의 대상과 방식이 불명확한 데 있다.<sup>387)</sup>

실무상, 안례에 대한 참조와 적용은 판결문에서 명시하지 않고 사건의 자료, 예컨대, 합의의 기록이나 심리보고 등과 같은 자료에 기록된다. 판사들은 '최고인민법원공보'<sup>388)</sup>의 안례에 대하여 참조함에 있어서 동 안례가 설득력이 있다는 것, 즉 결론을 논증함에 있어서의 합리성이 있다는 점을 이유로 한다. 변호사와 당사자들도 소송절차에서 자신에게 유익한 안례를 선택하여 논증의 의거로 삼을 수 있다. 하지만 안례와 상이한 판결결과를 도출하였다고 하더라도 재심사(发回重审) 또는 판결변경(改判) 등을 필연적으로 초래하는 것은 아니며 상급법원에게 보고할 필요도 없다.<sup>389)</sup>

하지만 부정할 수 없는 것은, 상급법원의 판례는 재판의 결론 도출에 있어서 중요한 참조요소로 될 수 있으며 특히 최고인민법원에서 반포한 지도성안례<sup>390)</sup>는 권위를 가지므로 각급 법원 및 학계로부터 고도로 중시된다는 것이다.<sup>391)</sup> "중공중앙 전면적으로 의법치국을 추진하는 데 관한 약간의 중대문제에 대한 결정"에서는 "사법해석과 안례지도를 강화 및 규범화하고 적용기준을 통일하여야 한다."고 정하고 있으며 "인민법원조직법" 제18조에서는 "최고인민법원은 재판중의 법률응용문제에 대하여 해석할 수 있다. 최고인민법원은 지도성안례를 반포할 수 있다."고

387) 谢春晖, "从“个案智慧”到“类案经验”:指导案例裁判规则的发现及适用研究", 中山大学法律评论 2018年 02期, 第121页.

388) "최고인민법원공보"는 최고인민법원에서 반포한 공식적인 문헌집이며 최고인민법원 사무청(办公厅)에서 편찬하여 국내외에서 공개적으로 발행하는 최고인민법원의 사법해석, 사법문건, 전형사례 등 각종의 중요한 사법정보를 확인할 수 있는 권위적인 매개체이다. <http://gongbao.court.gov.cn/SinglePage.html?result=introduction>

389) 赵元松, "最高人民法院公报‘案例的效力分析’", 法制与经济 2018年 08期, 第68页.

390) "최고인민법원공보"에서는 안례(案例)라고 한다. leading case를 의미하는 것이다.

391) 袁春湘, "确立案例指导,推动制度完善", 人民法院报, 2018-11-18, 참조.

정하고 있고 "안례지도작업에 관한 최고인민법원의 규정" 제7조에서는 "각급 인민법원은 유사한 사안에 대하여 판시할 때, 최고인민법원이 반포한 지도성안례를 참조하여야 한다." 고 정하고 있는데 이에 근거하여 최고인민법원은 대표성을 띠는 판결을 선정하여 정기적으로 반포하고 기타 법원이 이를 참조하여 판결을 내릴 수 있도록 요구할 수 있다. 최고인민법원은 2010년 안례지도체도를 수립하였는데 12월 첫 묶음의 지도성안례<sup>392)</sup>를 반포하였고 현 21개 묶음의 지도성안례를 발표하였으며<sup>393)</sup> 이는 실무적으로도 참조적 가치가 있다.<sup>394)</sup>

### 3. 법리<sup>395)</sup>

한국 민법 제1조에서는 조리를 민법의 法源으로 명확하게 정하고 있는데 반하여 중국 민법 제10조에서는 조리에 관한 언급이 없다. 중국에서 말하는 '법리'와 한국법상의 '조리'가 동일한 개념인지의 여부에 대하여는 부정설도 있지만 다수의 학자는 긍정설을 취한다.<sup>396)</sup> 따라서 동 부분에서 논의하는 '법리'를 한국법상의 '조리'로 이해할 수 있다.

한국 민법과 달리 중국 민법총칙 제10조에서는 법리를 언급하고 있지

392) 국제물품매매계약과 관련된 최신 지도안례는 2019년 2월 25일 최고인민법원에서 반포한 제107호 안례(지도안례107호: 중화국제(싱가포르)유한회사 소 디썬커야금산품유한책임회사 국제물품매매계약분쟁사안(中化国际(新加坡)有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案), 최고인민법원, 2019-02-25 11:30:06. <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-143372.html>)이다. 동 사안에서는 국제물품매매협약 제25조에서의 본질적계약위반에 대한 해석론을 실시하고 있는데 매수인의 합리적인 노력이 있으면 물품이 사용 또는 전매가능하면 가격이 하락하더라도 품질로 인한 실질적인 계약위반을 구성할 수는 없다는 입장을 취하고 있다.

393) 중화인민공화국최고인민법원 지도안례 <http://www.court.gov.cn/shenpan-gengduo-77.html> 최신 지도안례 반포날짜는 2019년 2월 25일이다.

394) 李一凡, 同上, 第19页.

395) 한국 민법에서의 조리와 동일하나 중국법 원문을 존중하는 차원에서 법리라고 쓴다.

396) 梁慧星, 『民法总论』, 法律出版社, 2011, 第29页.

않다. 그 이유는 법리의 다양성과 복잡성 때문인 것으로 추정된다. 하지만 초안 작성시 이에 대한 논의가 있었다. 법원의 분쟁해결절차는 우선 당사자들이 증거를 제출한 후, 법원이 증거의 진위에 대하여 판단하고 논증을 제시함으로써 재판결과를 도출하는 것인데 재판의 핵심적 요소인 논증의 제시과정에 법리는 반드시 원용되어야 한다는 주장이 있었던 것이다.<sup>397)</sup> 이러한 논의는 합리성이 있으며 또한 앞서 말한 사법해석과 지도안례에만 의거하여 구체적 사안을 심판하고 실체와 절차상의 정당성을 보장하는 것은 어려운 일이기 때문이다.<sup>398)</sup>

법리는 중국 사법실무에서 법률원칙, 학설 등의 형식으로 표현되며 판결문의 판결이유 부분에서 설명된다. 법관들은 법리를 적용하여 법조항을 해석함으로써 논증의 정확성을 강화하고 있다.<sup>399)</sup> 때문에 비록 "민법총칙" 제10조에서 법리를 정하고 있지는 않지만 재판의 결론 도출시 논증의 근거로 사용될 수는 있다.

그렇다면, 중국법상 법리의 구체적 범주에 대하여 검토할 필요가 있다. 한국에서는 조리와 학설을 구분하는데 학설 그 자체로는 법원이 아니며 관습을 형성하거나 혹은 조리로서 이용되는 일이 있는데 지나지 않는다고 본다.<sup>400)</sup> 중국에서는 법리와 학설의 관계에 관하여 1. 법리이자 학설이라고 주장하는 설, 2. 법리는 조항의 형식으로 체현되지 않은 법학의 기본원리 또는 공동으로 인정되는 학설이라고 주장하면서 법리에는 학설이 포함된다고 보는 설<sup>401)</sup>, 3. 법리는 법의 기본원칙으로서 학설과는 다르다고 보는 설 등이 있다.<sup>402)</sup> 하지만 중국에서도 법리와 학설은

397) 李杰, "法理"의民法渊源地位——评法工委民法总则立法草案征求意见稿第十条", 中国律师 2016年 07期, 第59页.

398) 李敏, "论法理与学说的民法法源地位", 法学 2018年 第6期, 第99页.

399) 李敏, 위의 논문, 99면.

400) 김수주, 김상용, 『민법총칙』, 삼영사, 2011, 17면.

401) 王磊, "关于法理的法律渊源地位研究", 法制博览 2018年 01月(下), 第198页.

별도로 논의되고 있고 법리와 학설은 본질적으로 다르다는 주장<sup>403)</sup>이 유력한데 학설은 범위가 넓고 종류가 다양하므로 주관성과 임의성을 떠는 반면 법리는 상대적인 확정성과 객관성을 띤다고 본다.<sup>404)</sup> 때문에 법리에 일부분의 학설이 포함되는 것은 맞으나 양자를 완전히 동일시하는 것은 합리적이지 않다.

### 제 3 절 法源 저촉시의 처리

#### 1. 적극적 저촉

法源 충돌시, 그것이 상이한 국가기관이 제정한 것일 경우, 상위법 우선의 원칙을 적용하여야 한다. 본 장 제1절에서는 상이한 국가기관에서 제정한 "광의의 법률"과 관습법에 대하여 논의하였다. 따라서 이러한 규범들의 저촉이 있을 경우, 동 장절에서 논의한 순서대로 적용하는 것이 바람직한 바, 실무와 상이할 수 있지만 위에서 언급한 중국법의 규정에 따르면, 1. 우선 협의의 법률, 행정법규, 지방성법규의 순서로 직접 인용하고, 2. 이에 명확한 규정이 없을 경우, 부문규장과 지방정부규장<sup>405)</sup>에 대하여 각자의 권한의 범위내에서 참조할 수 있으며, 3. 쟁점에 관한 관습법이 있을 경우, 공서양속을 위반하지 않는 전제하에서 이를 적용하여

402) 李敏, 同上, 第100页.

403) 江平, 同上, 第12页.

李永军, 同上, 第93页.

王泽鉴, 『民法总则』, 中国政法大学出版社, 2001, 第72页.

404) 江平, 同上, 第12页.

405) 중국 입법법 제91조의 규정에 따르면 행정규장과 지방정부규장은 동일한 효력을 가지고 각자의 권한범위내에서 적용된다.

야 한다.

그것이 동일한 국가기관으로부터 제정된 것일 경우, 신법 우선의 원칙과 특별법 우선의 원칙을 견지하여야 한다. 중국 입법법 제92조<sup>406)</sup>에서는 이에 대하여 명확한 규정을 두고 있다. 하지만 여전히 문제되는 것은, 법률간, 행정법규간 또는 지방성법규간의 동일한 사항에 대한 새로운 일반규정과 낡은 특별규정이 충돌되었을 경우인데 중국 입법법 제94조에서는 이에 대하여 확정할 수 없을 경우, 법률이라면 전국인민대표대회 상무위원회가, 행정법규라면 국무원이 재결하여야 한다는 다소 모호한 규정만을 두고 있으므로 이에 대하여는 더 논의해 볼 필요가 있다.

## 2. 소극적 저촉

명문으로 규정한 법률 규범이 없는 경우, 즉 法源이 누락된 경우, 제4장 제2절에서 언급된 요소들을 참조하여 해석할 수 있다. 즉 제4장 제2절에서 말하고 있는 사법해석, 판례, 법리를 우선적으로 참조하여야 한다는 것인데 만약 기타 요소를 참조하는 것이 합리적인 결과의 도출에 더 유리하다고 인지되면 그렇게 할 수도 있다.

---

406) 중국 입법법 제92조 동일기관이 제정한 법률, 행정법규, 지방성 법규, 자치조례와 단행조례, 규장에 있어 특별규정과 일반규정이 불일치하는 경우, 특별규정을 적용한다. 새로운 규정과 이전의 규정이 불일치 하는 경우, 새로운 규정을 적용한다.

## 제 5 장 결론

이상으로 한국 법원에서 한중 동산매매계약분쟁사안에 대하여 재판할 경우, 중국법과 중국 법원의 해석론의 차원에서 국제물품매매협약의 흠결 보충문제에 대하여 논의해 보았다. 이런 논의는 한중분쟁이 날로 늘어나는 현 시점에서 아주 중요한 바 중국 법원에서의 법적용과 법해석론 으로부터 한국 법원에서의 중국법적용 방법론을 도출해 냄으로써 법규범 적용 결과의 통일성에 기여하고자 한 것이다.

한중 양국의 교역 규모가 점증함에 따라 한국 법원에서 한중 동산매매 계약분쟁을 재판하는 사례가 늘고 있으며 따라서 한국 법원이 중국법을 준거법으로 적용하여 판시하는 사례도 증가하고 있다. 한국 법원에서 중국법은 사실이 아닌 법률로써 적용되어야 할 것이며 법원은 외국법의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서 그 외국법이 본국에서 현실로 해석, 적용되고 있는 의미 또는 내용에 좇아야 한다. 이는 대법원 1991. 2.22. 선고 90다카 19479판결에서 실시된 바 있으며 한국 국제사법 제 5조에 근거하여 볼 때도 그러하다.

한국과 중국은 모두 국제물품매매협약의 체결국이므로 양국의 동산매매계약분쟁에서는 일차적으로 협약이 적용되어야 한다. 협약은 사법통일을 위한 국제협회가 유럽 법학자들에게 국제물품매매에 적용할 통일법을 초안하도록 요청한 1930년대의 작업으로부터 시작하여 1964년 헤이그 협약을 거쳐 1980년 4월 성립되었다. 중국은 협약 초안의 작성과정에 참여한 협약의 원시적 체결국이며 현재 협약 제1조 제1항 나호-협약의 간접적용에 대하여 유보하고 있고 한국은 아무런 유보없이 2004년 63

번째 국가로 협약에 가입하였다.

비록 한중 양국의 동산매매계약분쟁에는 일차적으로 협약이 적용되지만 협약이 규율하지만 명확한 규정을 두고 있지 않는 상황에서 협약 제 7조의 일반원칙에 의하여도 해결할 수 없는 쟁점과 협약이 규율하지 않는 쟁점에 대하여는 법정지인 한국의 국제사법에 의하여 지정된 준거법을 적용하여야 한다. 전자는 협약의 내적 흠결이고 후자는 법학 방법론에서 말하는 흠결과는 다른 의미이지만 전자에 대비하여 협약의 외적 흠결이라고 부른다. 중국에서는 이를 각각 法定外缺漏와 法定缺漏로 표현한다. 논문에서는 한국 법원에서 판시하는 경우, 한국의 국제사법에 의하여 중국법이 협약의 이러한 내적 흠결과 외적 흠결의 보충적 준거법으로 지정되었을 경우 중국의 법률규정과 법원의 해석론을 중점적으로 다루었다.

협약의 내적 흠결에는 대금 및 기타 연체 금액의 지연손해금, 대금 이외의 금전채무의 지급장소, 대금의 통화 등 쟁점이 포함된다. 한국 법원의 판례를 보면, 그중에서도 대금 및 기타 연체 금액의 지연손해금에 관한 쟁점이 독점적으로 큰 비중을 차지한다. 판결선고일 전의 지연손해금을 계산함에 있어서 한국 법원은 같은 기간, 같은 종류의 인민폐대출 기준이율을 기초로 하여 30%~50% 인상하는 기준을 참조하는 것이 합리적인데 그런 기준을 적용하지 않을 경우 적어도 판결문에서 그 이유에 대하여 논증하여야 한다. 한국 법원이 중국 최고인민법원의 "매매계약에 관한 분쟁사건 심판 시 적용하는 법률문제의 해석" 제24조를 원용한 것은 정확하나 명확한 이유에 대한 설시가 없이 '중국인민은행의 금융기관 대출의 최고이율'로 계산하는 것은 합리적이지 않다. 판결선고일 후의 지연손해금은 우선 중국 민사소송법 제253조를 원용하여 지연손해금으로서의 배가 된 이자를 계산하여야 함을 명시한 후, 중국 최고인민법원



의 "집행절차중 이행지연기간의 채무의 이자에 대한 법률적용에 관한 약간의 문제에 대한 최고인민법원의 해석" 제1조를 원용하여 1일당 만분의 1.75의 이율기준으로 계산하는 것이 원칙이다. 한국 법원에서 이러한 조항을 원용한 것은 정확하나 부분적인 판결에서 직접 연이율로의 계산을 명한 것은 정확성이 떨어질 수 있다.

협약의 외적 흠결에 속하는 내용은 협약 제4조에서 협약과 관련이 없다고 명확히 규정한 계약의 유효성문제와 물품의 소유권 문제, 논의가 있으나 중국과 한국에서 보편적으로 실체의 문제라고 인정되는 소멸시효 문제, 외적 흠결의 여부에 대하여 독일에서의 논의가 있는 상계의 문제, 협약 제5조에서 협약과 관련이 없다고 명확하게 규정한 물품으로 인한 인적 손해의 문제 등이 있다. 협약의 외적 흠결 부분에서는 이런 문제들에 대하여 한국 국제사법의 검토로부터 시작하여 중국법의 규정에 대한 명확하고 논리적인 정리를 중심으로 부분적인 쟁점에 대한 개인적인 견해를 첨부하였다.

하지만, 이러한 논의가 한국 법원에서 한중 양국의 동산매매계약분쟁사안에서의 모든 중국법적 쟁점을 망라적으로 다룬 것은 아니다. 따라서 본 논문의 제3장에서 언급되지 않은 쟁점도 한국 민법이 정하고 있는 法源의 원칙이 아닌 중국법이 정하고 있는 法源의 원칙에 의하여 결론이 내려져야 한다. 논문의 제4장에서는 이런 상황에 대비하여 중국법상 민사재판의 法源에 대하여 기본적인 소개를 하였다.

마지막으로, 이 논문은 한국 법원에서 중국법을 적용하는 방법론을 제시하는 것으로 이와 관련된 업무에 종사하는 한국의 법률가들을 주요 독자층으로 삼는다. 또한 조금이나마 국제규범인 협약과 중국법의 통일적인 적용에 도움이 되고자 하는 소박한 바람도 있다.

## 참 고 문 헌

### 1. 한국문헌

#### (1) 단행본

곽윤직, 김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013.

김민중, 『민법총칙』, 법영사, 2014.

김주수, 김상용, 『민법총칙』, 삼영사, 2011.

김영환, 『법철학의 근본문제』, 홍문사, 2012.

김인호, 『국제사법: 판례와 사례/ 분석과 해설』, 박영사, 2012.

법무부, 『국제물품매매계약에 관한 유엔협약 해설』, 2005.

석광현, 『국제물품매매계약의 법리』, 박영사, 2010.

\_\_\_\_\_, 『국제사법과 국제소송 제5권』, 박영사, 2012.

\_\_\_\_\_, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013.

오원석, 최준선, 석광현, 허해관 공역, 『UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016』, 삼영사, 2018.

이규철, 『중국 계약법 총람』, 아진, 2006.

이은영, 『민법총칙』, 박영사, 2009.

임홍근, 이태희(공편), 『국제물품매매계약에 관한 UN 협약상의 제문제』, 삼지원, 1991.

최준선, 『국제거래법』, 삼영사, 2015.

칼 엥기쉬, 안법영·윤재왕 옮김, 『법학방법론』, 세창출판사, 2011.

## (2) 논문

김민중, "유엔매매법의 해석과 흠결보충", 동북아법연구 제4권 제1호, 2010.

김수정, "효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색", 민사법학 제85호, 2018.

석광현, "UN국제물품매매협약(CISG)에의 가입을 환영하며", 법률신문 3245호, 2004.

\_\_\_\_\_, "국제물품매매협약(CISG)과 국제사법", 서울대학교 법학 제50권 제3호, 2009.

\_\_\_\_\_, "한국법원에서 제기된 중국법의 쟁점: 계약법, 불법행위법, 혼인법과 외국판결의 승인·집행을 중심으로", 서울대학교 법학 제51권 제3호, 2010.

\_\_\_\_\_, "매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점:통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충", 국제거래법연구 제27권 제2호, 2018.

\_\_\_\_\_, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)", 서울대학교 법학 제52권 제3호, 2011,

서순택, "우리 民法上 自然債務論의 再檢討", 민사법의 이론과 실무, 20

08년 제12권 제11호.

송양호, "한국법원에서의 CISG", 국제거래법연구 제27권 제2호, 2018.

오수원, "외화채권자의 급부대용청구권과 외화판결의 강제집행", 인권과 정의 2011년 12월 제422권, 63면.

오원석, "한국 CISG 가입 10주년 회고와 전망", 중재연구 제25권 제4호, 2015.

이지민, "국제물품매매에 있어서의 대리에 관한 협약(1983년)의 재조명", 국제거래법연구, 제20권 제2호, 2011.

이재현, "CISG의 흠결보충", 외법논집 제35권 제4호, 2011.

이해일, "국제물품매매에서의 소멸시효에 관한 협약", 연세법학연구, 제4기 제1호, 1997.

张潇剑, "한.중무역간 CISG의 적용", 국제사법연구 제13호, 2007.

장준혁, "국제의 강행규범 개념의 요소로서의 저촉법의 강행성", 성균관법학 제19권 2호, 2007.

최홍섭, "국제물품매매에 관한 유엔 시효협약", 비교사법 제7권 제2호, 2000.

蔡成國, "中國 合同法(契約法)에서의 契約責任에 관한 研究 : 韓國民法과의 比較를 中心으로", 서울대학교 박사학위논문, 2007.

한승수, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법", 서울법학 제26권 제1호, 2018.

## 2. 외국문헌

### (1) 단행본

江 平, 『民法学』(第二版), 中国政法大学出版社, 2011.

梁慧星, 『民法总论』, 法律出版社, 2011.

舒国滢, 『法理学导论』(第二版), 北京大学出版社, 2006.

孙宪忠, 『民法总论』, 社会科学文献出版社, 2004.

王利明, 杨立新, 王轶, 程潇, 『民法学』(第三版), 法律出版社, 2011.

王利明, 『物权法』, 中国人民大学出版社, 2015.

王泽鉴, 『民法总则』, 中国政法大学出版社.

刘 瑛, 『'联合国国际货物销售合同公约' 解释问题研究』, 法律出版社, 2009.

李永军, 『民法总则』, 中国法制出版社, 2015.

张俊浩 主编, 『民法学原理』(修订第三版, 下册), 中国政法大学出版社, 2000.

郑玉波, 『民法总则』, 中国政法大学出版社, 2003.

John O. Honnold, edited and updated by Harry M. Flechtner, 『Uniform law for international sales under the 1980 United Nations convention』, Wolters Kluwer, 2009.

Lookofsky, Joseph M. 『Understanding the CISG : a compact gui

de to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods』, 3rd (worldwide) ed. Wolters Kluwer, 2008.

Ingeborg Schwenzer, 『Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)』, Oxford University Press, 2010.

## (2) 논문

顾永景, "论诉讼时效的司法适用", 盐城师范学院学报, 第23卷 第3期.

高旭男, 乔剑峰, "论习惯的体系与适用 ——以'民法总则'第10条切入", 法制博览 2018年 04月(中).

龚蒙蒙, "论可撤销合同", 法制与社会, 学术前沿 2016年 6月(上).

郭明龙, "诉讼时效已满应由债务人提出法院不应主动援引", 天津日报 2017年 9月8日.

官正强, "试析我国法院司法解释制度的反思与完善", 法制博览 2019年 01月(下).

屈茂辉, "动产交付制度研究", 中国法学, 2002年 04期.

邱煜彤, "浅谈违反公序良俗合同的效力 ——以'凶宅'买卖合同为例", 法制博览, 2017年 02月(上).

董万程 王继君, "'民法总则'中的效力性强制性规定立法问题研究", 法学论坛, 法律适用 2017年 第11期.

杜以星, "外币之债汇率损失的承担——从一起涉外海上货物运输合同纠纷案说起", 法律适用, 2018年 第14期.

莫万友, "国际贸易中损害赔偿的货币选择问题", 河南财经政法大学学报 2013年 第6期.

谢春晖, "从'个案智慧'到'类案经验':指导案例裁判规则的发现及适用研究", 中山大学法律评论 2018年 02期.

桑 骊, "我国合同法的法定抵销权制度", 产业与科技论坛 2012年 第11 卷 第8期.

聂卫锋, "动产所有权的交付变动规则", 国家检察官学院学报, 第26卷 第1期, 2018年 1月.

徐冬根, "论法偿货币 —— 兼论电子货币非法律意义上的货币", 江西社会科学 2013年 第6期.

苏颖霞, "货物品质异议期限与诉讼时效的法律辨析——兼评《联合国国际货物买卖合同公约》第 39 `44 条", 西北大学学报(哲学社会科学版), 2004年 5月, 第34卷 第3期.

宋 航, 赵 健, "《国际货物销售时效期限公约》评介——兼论我国批准该公约的可行性", 国际贸易问题, 1994年 06期.

孙 振, "债的法定抵销权问题研究", 法制博览 2018年 03月(下).

孙 挥, "《联合国国际货物销售合同公约》第78条利率问题的探究", 江西财经大学学报, 2012年 第2期.

严 魁, "违反强制性规定的合同效力探究", 法制与经济 2017年 09期.

吴亚男, "'物权法'"的实施对船舶所有权的影响", 珠江水运, 2009年 05期.

王庆峰, 穆佳贝, 王焕, "浅析合同纠纷中合同履行地和接受货币一方所在地的确定", 法制与经济 2017年 11期.

王丹丹, "民事诉讼的诉讼时效如何适用", 上海法治报 2018年 9月 3日 第B07 版.

王道发, "我国产品责任制度法律问题研究", 现代管理科学, 2016年 第7期.

王丽华, 杨卓实, "关于《合同法》 52条第5款的解读与反思", 法制博览 2019年 02月(中).

王利明, "论习惯作为民法渊源", 法学杂志, 2016年 第11期, 第5页.

王 磊, "关于法理的法律渊源地位研究", 法制博览, 2018年 01月(下).

王文胜, "从已有司法解释看民法典合同编分则草案的完善", 法治研究 2019年 第1期.

王思淇, "论我国民事行为能力制度的完善", 法制与社会 2019年 1月 (上) 法制园地.

王思思, "不同币种金钱之债的抵销", 人民司法(应用) 2016年 13期.

王子达, "国际货物买卖中的所有权转移研究", 法制与经济 2018年 第10期.

姚 辉, 梁展欣, "民法总则中的法源及其类型", 法律适用 2016年 07期.

于 飞, "民法总则法源条款的缺失与补充", 法学研究 2018年 第1期.

于晓娜, "CISG下利率的确定", 山东大学硕士学位论文, 2011.

袁春湘, "确立案例指导,推动制度完善", 人民法院报, 2018年11月18日.

刘宏成, 冯燕萍, "论诉讼时效适用的主动性", 法制与社会 2010年 8月(上).



- 刘 莹, "合同法中重大误解制度之适用分析", 法制博览, 2016年 09月.
- 刘作翔, "法源"的误用——关于法律渊源的理性思考", 法律科学 2019年 第3期.
- 李 杰, "'法理'的民法渊源地位——评法工委民法总则立法草案征求意见稿第十条", 中国律师 2016年 07期.
- 李 敏, "论法理与学说的民法法源地位", 法学 2018年 第6期.
- 李凤伟, 李志珍, "论强制性规定的违反与法律行为的效力判定", 北京工业职业技术学院学报 第17卷 第4期.
- 李一凡, "论案例指导制度的存废及定位", 法制与社会 2017年 12月(中).
- 李竹青, "从本案谈表见代理的适用", 法制博览, 2018年 12月.
- 张先伟, "关于当事人逾期付款法律责任承担具体执行标准的分析", 法制博览, 2012.
- 张尧泉, "从“奶粉事件”浅论产品侵权责任的归责原则", 中国集体经济, 2008
- 张振龙, "浅论自然债务", 法制博览 2015年 19期,
- 张向阳, 邢晓玉, "论诉讼中的债务抵销", 漯河职业技术学院学报, 第12卷 第4期 2013年 7月
- 张晓静, "货币债务跨国履行的法律问题研究", 武汉大学博士学位论文, 2011.
- 曹 玲, "'联合国国际货物销售合同公约'在中国法院的适用规则研究", 湖北函授大学学报(2016) 第29卷 第09期.
- 赵元松, "'最高人民法院公报'案例的效力分析, 法制与经济 2018年 08期.

赵爱玲, "如何避免国际货物买卖合同纠纷?", 中国对外贸易, 2008年 10期.

赵婧薇, "论民事习惯的司法适用", 大连海事大学学报(社会科学版) 第16卷第6期.

陈玲, 侯士耀, "《民法总则》视阈下的公序良俗原则的理解与适用". 广西警察学院学报, 2019 年 第32卷 第1期

陈淑敏, "公序良俗原则在民事审判中的适用探讨", 法制与社会, 2018年 9月(上).

陈耀东, 沈明焱, "重大误解制度 '重大'之认定", 学术论坛 2018年 第4期.

陈晶莹, 邓旭 等, "CISG与中国", 国际贸易法论丛, 2006年.

肖明明, "民法总则中"习惯"的体系性解释与适用", 人民法院报 2017年 12月13日 第007版.

蔡 唱, "公序良俗在我国的司法适用研究", 中国法学, 2016年 第6期.

彭诚信, 陈吉栋, "论《民法总则》第 10 条中的习惯——以“顶盆过继案”切入", 华东政法大学学报 2017年 第5期.

彭中礼, "最高人民法院司法解释性文件的法律地位研究", 法律科学(西北政法大学学报), 2018年 03期.

何其生, 陈立君, "论外币判决中的货币选择规则", 武大国际法评论 2012年 02期.

何 飞, "外币之债的给付应坚持有利于守约方原则", 人民法院报 2014年 10月15日 第007版.

韩世远, "不同币种的金钱之债是否发生抵销权", 人民法院报 2013年 4月24日 第007版.

\_\_\_\_\_, "重大误解解释论纲", 中外法学 2017年 03期.

黄智维, "产品责任惩罚性赔偿适用分析——兼评《侵权责任法》第四十七条", 成都理工大学学报(社会科学版), 第26卷 第5期

Ulrich Magnus, "Interpretation and gap-filling in the CISG and in the CESL", Journal of international trade law and policy, 2012, Vol.11(3).

## 참 조 법 규(중국)

- 중화인민공화국 민법총칙(2017)  
中华人民共和国民法总则
- 중화인민공화국 민법통칙(2009)  
中华人民共和国民法通则
- 중화인민공화국 계약법(1999)  
中华人民共和国合同法
- 중화인민공화국 물권법(2007)  
中华人民共和国物权法
- 중화인민공화국 도로교통안전법(2011)  
中华人民共和国道路交通安全法
- 중화인민공화국 제조물품질법(2018)  
中华人民共和国产品质量法
- 중화인민공화국 불법행위법 (2010)  
中华人民共和国侵权责任法
- 중화인민공화국 어음법(2004)  
中华人民共和国票据法
- 중화인민공화국 기업파산법(2007)  
中华人民共和国企业破产法

- 중화인민공화국涉外民사관계법률적용법(2010)  
中华人民共和国涉外民사关系法律适用法
- 중화인민공화국 소비자권익보호법(2013)  
中华人民共和国消费者权益保护法
- 중화인민공화국외화관리조례(2008)  
中华人民共和国外汇管理条例
- 최고인민법원 '중화인민공화국涉外民사관계법률적용법'을 적용하는 것에 관한 약간의 문제에 대한 해석(2012)  
最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民사关系法律适用法〉若干问题的解释(一) 法释〔2012〕24号
- 최고인민법원 현재 형세하에서의 민상사계약분쟁사안 심리에서의 약간의 문제에 대한 지도의견(2009)  
最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见
- 최고인민법원 '중화인민공화국 민사소송법'을 적용하는 것에 관한 해석(2015)  
最高人民法院关于适用'中华人民共和国民事诉讼法'的解释 法释〔2015〕5号
- 최고인민법원 매매계약분쟁 심판 시 법률적용의 문제에 관한 해석(2012)  
最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释 法释〔2012〕8号

- '중화인민공화국 민법총칙'소송시효제도를 적용하는 약간의 문제에 대한 해석.(2018)

关于适用'中华人民共和国民法总则'诉讼时效制度若干问题的解释 法释[2018]12号

- 최고인민법원 '중화인민공화국계약법'을 적용함에 있어서의 약간의 문제에 대한 해석(1)(1999)

最高人民法院关于适用 '中华人民共和国合同法' 若干问题的解释(一) 法释[1999]19号

- 최고인민법원 '중화인민공화국계약법'을 적용함에 있어서의 약간의 문제에 대한 해석(2)(2009)

最高人民法院关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二) 法释[2009]5号

- 최고인민법원 집행과정 중 지연이자를 계산함에 있어서 발생하는 법률적용의 제문제에 관한 해석(2014)

最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释 法释[2014] 8号

- 최고인민법원 민간대출계약사안의 법률적용의 제문제에 관한 규정(2015)

最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定 法释[2015] 18号

- 최고인민법원 '최고인민법원의 지연손해금의 계산 기준에 관한 회답'을

수정할데 관한 회답(1999)

最高人民法院关于修改'最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复'的批复 法释[1999]8号

- 중국인민은행 인민폐 대출이율과 관련된 문제에 대한 통지(2003)

中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知 银发[2003]251号

- 최고인민법원 재판문서에서 법률, 법규 등 규범성 법률문건을 적용할 데 관한 규정(2009)

最高人民法院裁判文书引用法律, 法规等规范性法律文件的规定 法释[2009]14号

- 최고인민법원 '중화인민공화국민법통칙'을 관철집행하는 것에 관한 약간의 문제에 관한 의견(1988)

最高人民法院贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见

- 최고인민법원 사례지도사업에 관한 규정(2010)

最高人民法院案例指导工作的规定(法发[2010]51号)

## 참 조 판 례

### (1) 한국판례

- 대구고등법원 2018나20072(해제 등 대법원 2019다205794 상고심 계속 중)
- 대구지방법원 서부지원 2017가합50021(대구고등 판결의 원심)
- 서울고등법원 2009.7.23. 선고 2008나14857
- 서울고등법원 2012나29719
- 서울고등법원 2014나55699
- 서울동부지방법원 2009.11.16. 선고 2008나14857
- 서울북부지방법원 2011가합8687(서울고등 2012나29719 사건의 원심)
- 서울중앙지방법원 2016가합570522(지연손해금 물품의 부적합 서울고등 2019나2002375 계속 중)
- 서울중앙지방법원 2018가합521623
- 인천지방법원 2017가합52640(지연손해금 등 서울고등 2018나2003852 계속 중)



## (2) 중국판례

- 广州市中级人民法院(2007)穗中法民四初字第52号判决书
- 吉林省高级人民法院 (2016)吉民终114号判决书
- 宁夏回族自治区固原市中级人民法院 (2014)固民终字第398号判决书
- 大连市中级人民法院(2007)大民四初字第20号判决书
- 四川省高级人民法院(2012)川民终字第217号判决书
- 山东省高级人民法院, 2011年 5月5日判决——最高人民法院公报案例  
“青岛源宏祥纺织有限公司诉港润 (聊城) 印染有限公司取回权确认纠纷案”
- 山东省高级人民法院 (2017)鲁执复39号裁定书
- 山东省日照市中级人民法院 (2013)日民三初字第7号判决书
- 山西省高级人民法院 (2017)晋民终213号判决书
- 山西省高级人民法院 (2017)晋民终215号判决书
- 山西省高级人民法院 (2017)晋民终216号判决书
- 陕西省汉中市中级人民法院 (2016)陕07民终931号判决书
- 上海市长宁区人民法院 (2000)长民初字第233号判决书
- 上海市第一中级人民法院 (2014)沪一中民四(商)终字第S786号判决书
- 新疆维吾尔自治区高级人民法院 (2016)新民初101号判决书
- 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2017)辽01民终3641号裁定书

- 浙江省高级人民法院（2009）浙商外终字第84号判决书
- 浙江省高级人民法院（2010）浙商外终字第77号判决书
- 浙江省宁波市中级人民法院(2009)浙甬商外初字第209号判决书
- 浙江省舟山市中级人民法院（2009）浙舟商外初字第1号判决书
- 天津市高级人民法院（2012）津高民四终字第128号判决书
- 最高人民法院（2009）民二终字第75号判决书
- 最高人民法院（2012）民申字第1402号裁定书
- 最高人民法院（2013）民申字第2256号裁定书
- 最高人民法院（2016）最高法民终800号判决书
- 最高人民法院（2016）最高法民申2933号裁定书
- 最高人民法院（2017）最高法民终133号判决书
- 最高人民法院（2018）最高法民终1178号判决书
- 重庆市高级人民法院(2014)渝高法民终字第00325号判决书
- 河北省高级人民法院（2010）冀民三终字第59号判决书
- 湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院（2015）鄂恩施中民终字第00127号
- 黑龙江省高级人民法院（2016）黑民辖终8号
- 海南省第二中级人民法院（2013）海南二中民二终字第305号裁定书

## Abstract

# Gap-Filling of the CISG in South Korean Courts

- With a focus on the Supplementary  
Application of Chinese Law and Interpretation  
of Chinese Courts -

LI YAN

Law of International Transactions

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

The "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", adopted in April 1980, came into effect on January 1, 1988, with ten countries, including China. As the Convention came into effect in Korea on March 1, 2005, the Convention became a substantive rule of law to be applied first in trade disputes between South Korea and China.

South Korean courts have confirmed that the Convention takes priority over Korean Civil Law and Commercial Law as the governing law of the contract of sales in cases where the Convention applies. However, a question that is governed by but does not find an express solution in the CISG – a so-called "internal gap" – shall be settled in conformity with the general principles on which the CISG is based, or, in the absence of such principles, in conformity with the applicable law by virtue of the rules pertaining to private international law according to 7(2) of CISG. This includes, interest rate on money and other overdue amounts, place of payment of non-price financial debt, price currency and so on. A question that is not governed by the CISG – a so-called "external gap" – shall be directly governed by the law designated by the international private law of venue. This includes, substantial validity of the contract, ownership of goods, extinctive prescription, setoff and so on.

Recently, as the scale of trade disputes between China and South Korea are rapidly increases, the number of cases in which Chinese law is being applied as the governing law to fill the gaps of the CISG is increasing. In such cases, South Korean courts must judge the issue in question under the substantive law of China, and knowledge of Chinese law is required in this process. After introducing the background of the CISG and issues related to its application in South Korea and China (Chapter 2), this paper mainly discusses gap-filling of the CISG

with Chinese law, focusing on the Supplementary Application of Chinese Law and Interpretation of Chinese Courts, and also critically reviews related cases in South Korean courts(Chapter 3). In addition, as this discussion can not cover all the legal issues arising from contractual disputes between South Korea and China raised in the South Korean courts pertaining to Chinese law, this paper also provides a basic introduction to the legal sources of civil litigation in Chinese law(Chapter 4).

**keywords:** South Korea–China trade dispute, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, internal gap, external gap, gap–filling, governing law, interest rate, currency, substantial validity, transfer of ownership, extinctive prescription, setoff, personal damage, source of law.

**Student Number:** 2017–28442